



## La protection de la caution

Samira Mebarkia Habbassi-Mebarkia

### ► To cite this version:

Samira Mebarkia Habbassi-Mebarkia. La protection de la caution. Droit. Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambresis, 2016. Français. NNT : 2016VALE0003 . tel-01320694

**HAL Id: tel-01320694**

**<https://theses.hal.science/tel-01320694>**

Submitted on 24 May 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Thèse de doctorat**

**Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de  
VALENCIENNES ET DU HAINAUT CAMBRESIS**

**Droit privé**

Présentée et soutenue par **Samira HABBASSI-MEBARKIA**

Le **09 février 2016**, à Valenciennes

**Ecole doctorale :**

Sciences Juridiques Politiques et de Gestion (SJPG)

**Laboratoire de recherche :**

Institut du Développement et de la Prospective (IDP)

**LA PROTECTION DE LA CAUTION**

**JURY**

**Rapporteurs :**

- Mr. Sauvage François, Professeur, Université d'Evry Val d'Essonne
- Mr. Godon Laurent, MCF HDR, Université de Versailles Saint-Quentin

**Examineurs :**

- Mr. Sauvage François, Professeur, Université d'Evry Val d'Essonne
- Mr. Godon Laurent, MCF HDR, Université de Versailles Saint-Quentin
- Mr. Défossez Michel, Professeur, UVHC (Président du jury)

**Directeur de Thèse :**

- Mr. Djoudi Jamel , MCF HDR, UVHC

## **AVERTISSEMENT**

« La faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

## **ABREVIATIONS**

- Act. lég. Dalloz : Actualité législative Dalloz
- Adde : Ajouter
- Al. : Alinéa
- Ar. ph. dr. : Archives de philosophie du droit
- Art. : Article
- Banque : Revue Banque
- Bibl. dr. pr. : Collection Bibliothèque de droit privé
- Rev. Proc. Coll. : Revue de procédures collectives
- BRDA : Bulletin Rapide de Droit des Affaires
- Bull.civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française, Chambre civile
- CA : Cour d'appel
- Cah.dr. entr. : Cahier de droit de l'entreprise
- Cass. Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation
- Cass.civ. (1ère, 2ème, 3ème) : Cour de cassation, (première, deuxième, ou troisième chambre)
- Cass.com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
- Cass. ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation
- Chap. : Chapitre
- Chron. : Chronique
- C. civ. : Code civil
- C. consom. : Code de la consommation
- C. com. : Code de commerce
- CMF : Code monétaire et financier
- Coll. : Collection
- Comm. : Commentaire
- Comp. : Comparer
- Concl. : Conclusion

- D. : Recueil Dalloz
- D. Aff. : Recueil Dalloz Affaires
- Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
- D.P. : Recueil périodique Dalloz
- Doct. : Doctrine
- Ed. : Edition
- Ex. : Exemple
- Fasc. : Fascicule
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais
- In : Dans
- Infra : Plus bas
- J.-Cl. civ. : Juris-classeur civil
- J.-Cl. com. : Juris-classeur commercial
- JCP E : Juris-classeur périodique, édition « Entreprise »
- JCP G : Juris-classeur périodique, édition « Générale »
- JCP N : Juris-classeur périodique, édition « Notariale »
- JO : Journal Officiel
- Joly Bull. : Bulletin Joly sociétés
- Jur. : Jurisprudence
- L. : Loi
- LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
- Mr. : Monsieur
- N° : Numéro
- Obs. : Observations
- Op. cit. : Option citée
- Ord. : Ordonnance
- P. : Page
- PA : Les Petites Affiches
- Préc. : Précité
- Préf. : Préface
- PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille
- PUF : Presses Universitaires de France
- Rapp. : Rapport
- RD bancaire et bours. : Revue de droit bancaire et de la bourse

- RD bancaire et fin. : Revue de droit bancaire et financier
- RDC : Revue de droit des contrats
- Rev. huiss. : Revue des huissiers
- RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale
- RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
- Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives
- RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
- RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
- Rev. soc. : Revue des sociétés
- S. : Recueil Sirey
- Svt. : Suivant
- Somm. : Sommaire
- Spéc. Spécial
- SS. : Sous
- Suppl. : Supplément
- T. : Tome
- TGI : Tribunal de Grande Instance
- Vol. : Volume

## **SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION GENERALE...</b>	<b>8</b>
<b>PREMIERE PARTIE.....</b>	<b>16</b>
<b>LA PROTECTION DE LA CAUTION LORS DE LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT.....</b>	<b>16</b>
<b>TITRE 1 : LA MUTATION DU CAUTIONNEMENT VERS UNE PROTECTION ACCRUE DE LA CAUTION.....</b>	<b>18</b>
<b>CHAPITRE 1 : LE FLECHISSEMENT DU REGIME DU CONTRAT UNILATERAL...</b>	<b>19</b>
<b>CHAPITRE 2 : L'INSUFFISANCE DES MOYENS TRADITIONNELS DE PROTECTION.....</b>	<b>47</b>
<b>TITRE 2 : L'AMELIORATION DE LA VOLONTE DE LA CAUTION PAR DE NOUVEAUX PROCEDES D'AIDE A LA DECISION..</b>	<b>86</b>
<b>CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR UNE INFORMATION REGULATRICE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE...</b>	<b>87</b>
<b>CHAPITRE 2 : LA CONSOLIDATION DE L'INFORMATION DE LA CAUTION PAR L'ADOPTION DE NOUVEAUX COMPORTEMENTS ACTIFS DU CREANCIER.....</b>	<b>126</b>
<b>DEUXIEME PARTIE....</b>	<b>163</b>
<b>LA PROTECTION DE LA CAUTION AU COURS DE L'EXECUTION DU CAUTIONNEMENT.....</b>	<b>163</b>
<b>TITRE 1 : LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION PAR UN MEILLEUR ACCOMPAGNEMENT DE LA CAUTION AU COURS DE LA VIE DU CAUTIONNEMENT.....</b>	<b>164</b>
<b>CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR L'EXTENSION DE L'INFORMATION A LA CAUTION DURANT L'EXECUTION DU CONTRAT..</b>	<b>165</b>
<b>CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION DANS LES PROCEDURES D'INSOLVABILITE DU DEBITEUR PRINCIPAL.....</b>	<b>205</b>

<b>TITRE 2 : LES RECOURS DE LA CAUTION..</b>	<b>248</b>
<b>CHAPITRE 1 : LES MOYENS DE PRESSIONS DE LA CAUTION CONTRE LE CREANCIER TIRES DE LA DYNAMIQUE DU GROUPE DE CONTRATS....</b>	<b>249</b>
<b>CHAPITRE 2 : L'AMENAGEMENT DE RECOURS PARTICULIERS AU PROFIT DE LA CAUTION COMME EXPRESSION D'UNE JUSTICE CORRECTIVE...</b>	<b>272</b>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>302</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE..</b>	<b>306</b>



## INTRODUCTION

Le risque zéro n'existe pas ! Aussi, pour se protéger contre d'éventuels impayés, les créanciers n'hésitent pas à demander à leurs futurs débiteurs des garanties. Parmi ces dernières, le cautionnement tient une place de choix. Grâce à sa rapidité, sa simplicité, il séduit et devient au fil du temps « la reine des sûretés »<sup>1</sup>, mais dont le royaume cache bien des surprises, surtout pour les cautions qui ne se posent guère de questions lors de la formation du contrat.

Or, « c'est au carrefour des idées et des êtres que jaillit la lumière, d'abord et avant sous forme de questions »<sup>2</sup>. Des questions, beaucoup se sont imposées à nous. Ce sont elles qui pas à pas nous ont permis d'avancer dans le couloir sombre du cautionnement dont l'avenir apparaît incertain et imprévisible, le comble pour une sûreté. Prenant le risque d'autrui, les cautions disposent-elles des bonnes clés pour entrer en relations contractuelles ? Mesurent-elles la portée de leur engagement ? Il est permis d'en douter au regard de l'important contentieux qui agite la matière. Dans ce cas, comment les protéger efficacement sans mettre en péril le cautionnement ?

Il vous est peut-être arrivé un jour de vouloir monter vous même un objet « en kit », que cela soit un meuble ou autre. Vous avez beau disposer de toutes les pièces, et pour peu que vous soyez un tantinet bricoleur, le montage s'avère plus complexe que vous l'imaginiez. Dans ce cas, le mode d'emploi devient un outil indispensable.

Lorsqu'on tente d'appréhender le cautionnement, on a le sentiment d'avoir entre les mains tous les éléments nécessaires à sa compréhension. Pourtant, on est vite emporté dans un tourbillon de questionnement. En effet, définit, ou plus exactement décrit à l'article 2288 du Code civil comme « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même », le cautionnement est soumis à de vives critiques. On s'interroge sur son efficacité, on doute de sa souplesse, de son aptitude à offrir la sécurité juridique attendue. On fustige également l'intrusion excessive du législateur

---

<sup>1</sup>L. Aynès, P. Malaurie, P. Crocq, Droit civil : les sûretés, la publicité foncière, LDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>2</sup>K. Matsuura, préf. J. Bindé, Les clés du XXIème siècle, seuil, éditions Unesco, 2000, p.3.

et de la jurisprudence dans le contrat . Mais ces derniers se sont donnés pour mission de délivrer à la caution le fameux « mode d'emploi » qui doit l'avertir des menaces que dissimule cette sûreté<sup>3</sup> . Car, malgré les mises en garde qui lui ont été adressées à travers les siècles<sup>4</sup> , la caution continue de s'engager aveuglément en pensant naïvement que son acte n'aura aucune répercussion sur elle.

Mais pour comprendre où va le cautionnement, il nous faut savoir d'où il vient ! Aussi , il nous appartient de remonter le temps jusqu'à ses origines les plus profondes pour saisir l'intérêt d'une telle sûreté <sup>5</sup> .

En effet, le cautionnement est l'une des plus anciennes sûretés qui puissent exister. Simple d'utilisation, « cette institution a traversé les siècles et les frontières »<sup>6</sup>. Ses origines lointaines remontent à l'époque romaine où l'idée de faire garantir la dette du débiteur, non par un bien, mais par une tierce personne fait progressivement son chemin. Mais au commencement, l'ancêtre de la caution imaginé par le droit romain primitif était un garant qui se donnait en otage si le débiteur venait à ne pas répondre à son engagement. Triste sort alors était infligé à celui qui se substituait à autrui puisqu'il était à la merci du créancier jusqu'à ce qu'une rançon soit versée à ce dernier. Mais cette soumission physique du garant, très contraignante et d'un autre âge, va heureusement laisser place à un autre mode d'engagement plus élaboré qui prendra la forme de la sponsio. Par cet acte, le sponsor donnait sa parole de désintéresser le créancier si le débiteur principal venait à ne pas le faire. Ce faisant, ce tiers à l'obligation principale devenait en somme un deuxième débiteur, confortant ainsi le créancier qui disposait désormais d'une autre chance d'être payé<sup>7</sup> . Apparaissait alors la première forme, certes archaïque, de garantie personnelle. Hélas, le sponsor ne disposait d'aucun recours

---

<sup>3</sup>P. Sargos, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes, in Rapport de la Cour de cassation, 1986, Doc. fr. 1987 , p.33 .

<sup>4</sup>Parmi les adages l'alertant nous avons par exemple « Caution donnée, proche le malheur », citation rapportée par J. Mazeaud, Leçons de droit civil, T. III, n°18.

<sup>5</sup>C. Jallamion et C. Lisanti, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines », Dr. et patr. juillet-août 2008, p.47 ; P. Jourdain, Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé, Mélanges Malinvaud, Litec 1998, T.2, p.303 ; Y. Chartier, « L'évolution du droit des sûretés », rapport de synthèse, Rev. jur. Com. , février 1982 , p.150 ; F. Zenati-Castaing , Th. Revet , Cours de droit civil , Sûretés personnelles , Coll. Droit fondamental , Puf , 2013 ; P. Ancel , « Le cautionnement , Regards croisés », Université-Notariat , Dr. et patr. juillet-août 2008 , p.45 .

<sup>6</sup>D. Legeais , Sûretés et garanties du crédit , LGDJ , 9ème éd. , 2013 .

<sup>7</sup>La sponsio faisait appel à un rituel très spécial et sacramental puisque le sponsor devait prononcer les mêmes paroles que celles dites par le débiteur principal , l'un après l'autre . Par cette technique , ils contractaient en quelque sorte la même obligation . C'est pourquoi , à l'époque , on avait du mal à distinguer la sponsio de la solidarité . Sur ces aspects historiques on peut se référer à l'ouvrage de F. Zenati-Castaing , T. Revet , Cours de droit civil , Sûretés personnelles , op.cit.

contre le débiteur. En outre, particulièrement lourd, son engagement ne donnait lieu à aucun bénéfice de discussion. Le créancier avait donc tout le loisir de le poursuivre à la place du débiteur sans que le sponsor ne puisse riposter. C'est ainsi que, peu à peu, la sponsio est tombée en désuétude, la pratique lui préférant une autre forme de garantie aux perspectives beaucoup plus intéressantes et qui connaîtra un énorme succès. Connue sous le nom de la fidejussio, cette nouvelle technique caressera un destin formidable au point d'en inspirer les rédacteurs du Code civil. Avec la fidejussio, le fidéjusseur s'engage envers le créancier à endosser l'obligation du débiteur principal dans le cas où ce dernier ne puisse s'exécuter. Elle fait naître une dissociation entre les deux obligations, celle attachée à la dette ( passée entre le créancier et le débiteur ), et celle relative à la garantie qui marquait l'engagement individuel, propre du fidéjusseur à l'égard du créancier, contrairement à la sponsio où les deux obligations se confondaient. De là, un vrai bouleversement va s'opérer. Considérant que le fidéjusseur s'oblige à ce que doit le débiteur principal, son engagement n'est pas indépendant et doit par conséquent suivre l'évolution de l'obligation d'autrui sur laquelle elle va se calquer. En d'autres termes, le garant devrait être libéré si la personne pour laquelle il a contracté l'était. S'est développée alors la garantie accessoire avec ses effets révolutionnaires pour l'époque<sup>8</sup>. La fidejussio préservera nettement plus les intérêts du garant puisqu'elle lui conférera en particulier un recours contre le débiteur après le paiement de la dette, ou le droit d'opposer au créancier le bénéfice de division. Durant de nombreuses années, la fidejussio va se nourrir des apports de la pratique soucieuse de remédier aux faiblesses de cette nouvelle forme de garantie. Au XVI<sup>e</sup> siècle, en France, la fidejussio aux traits largement dessinés changera de nom pour devenir le cautionnement. Du terme latin « cautio », elle désignera la garantie. L'influence de celle qui l'avait inspiré est telle que pendant longtemps la caution fut appelée fidéjusseur. En 1804, lorsque vint l'élaboration du Code civil, le cautionnement y trouvera refuge dans son Livre III. Relégué au second plan par rapport aux sûretés réelles beaucoup plus élaborées et surtout plus utilisées dans la pratique, le cautionnement fera figure de « petit contrat ». Mais petit à petit, les mutations profondes liées à l'essor économique vont engendrer de nouveaux besoins toujours plus pressants, notamment en matière de crédit, contraignant ainsi le cautionnement à s'adapter<sup>9</sup>. Il va alors se « bancariser »<sup>10</sup> et s'ouvrir au monde des affaires<sup>11</sup>. Aussi, de contrat de bienfaisance, gratuit, conclu entre amis, le

---

<sup>8</sup>Sur cette évolution : F. Zenati-Castaing et T. Revet, préc.

<sup>9</sup>M.N. Jobard-Bachelier, V. Brémond, M. Bourassin, Droit des sûretés, Sirey, coll. « LMD », 4<sup>ème</sup> éd. 2014.

<sup>10</sup>Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, 2009.

<sup>11</sup>Ph. Simler, « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et le cautionnement », JCP N. 1987.199 ; A. Piedelièvre, « L'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », Gaz. pal. 1982.

cautionnement deviendra une opération de crédit très sollicitée. Plus rien ne sera pareil pour cette sûreté qui connaîtra une évolution retentissante, mais qui endossera une multitude de visages : de nature civile ou commerciale, personnel ou réel, simple ou solidaire, sous-cautionnement, certification de caution, la diversité des contrats de cautionnement expliquera en particulier l'émergence de dispositions propres à chacun d'eux. Au point qu'aujourd'hui, il serait plus juste de parler des cautionnements plutôt que du cautionnement. Cette hétérogénéité sera évidemment source de nuisances dans la cohérence de ce droit. Toutefois, malgré le risque d'éclatement<sup>12</sup>, tous ces contrats de cautionnement sont empreints du même souci de protection de la caution. Un véritable clivage qui impliquera de fait dans la pratique une distinction pour ne protéger que les cautions qui doivent l'être. En effet, lorsque le cautionnement expose des cautions inexpérimentées et dès lors plus vulnérables, leur protection requiert plus de soin que lorsqu'il s'agit de cautions professionnelles beaucoup plus aguerries au monde des affaires. Les volontés contractuelles cesseront dès lors d'être totalement autonomes pour se heurter à des limites tracées par le législateur et la jurisprudence pour protéger la caution et redessiner « un ordre juridique nouveau »<sup>13</sup> dans le cautionnement.

En principe, pour répondre judicieusement aux difficultés que soulèvent le cautionnement, les cautions doivent se poser les bonnes questions, afin si possible, d'y répondre avant qu'il ne soit trop tard. Suis-je en mesure de m'engager pour autrui ? Mes capacités financières me le permettent-elles ? Quels sont les risques pour moi si le débiteur principal n'honore pas sa dette ? Les cautions doivent, à l'image d'un joueur d'échecs, anticiper, essayer de prendre de l'avance sur le déroulement des événements. Certes, nous ne pouvons pas prévoir le futur, mais nous pouvons le préparer. La caution a une chance sur deux d'être appelée en paiement en cas de défaillance de celui qu'elle cautionne, et dans cette hypothèse tout peut basculer pour elle. C'est pourquoi, on ne peut qu'inviter ces cautions à méditer sur la phrase de Léonard De Vinci, « qui pense peu se trompe beaucoup »<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup>J.B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 7ème éd., 2014.

<sup>13</sup>L. Josserand, « Un ordre juridique nouveau », D.1937, chron. p.43 ; M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels », in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels-comparaisons franco-belges, sous la dir. de J. Ghestin et M. Fontaine, Coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris 1996, p.616, n°2.

<sup>14</sup>Carnets.

Assurément, nous croyons en la supériorité d'une société de liberté. Mais nous savons pertinemment que celle-ci engendre par nature des inégalités . Le contrat de cautionnement n'échappe pas à cette dérive . Car, si « les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de Lumière ne sont que trop souvent les siècles des excès »<sup>15</sup> .

Dans le cautionnement, les rapports contractuels dévoilent deux forces complètement différentes. D'un côté, les créanciers qui sont dans une logique de calcul, vont raisonner à partir d'une théorie mathématique de la décision. Ils entendent par cette stratégie assurer leurs arrières en prenant la sûreté la plus efficace car , « si le risque d'insolvabilité n'est pas conjuré, il est réparti »<sup>16</sup> .

Face à lui, les cautions qui n'ont que très peu, voire pas du tout, de marge de manœuvre dans le contrat. Ces cocontractants sont dans une toute autre posture . En effet , poussées par l'élan enthousiaste d'aider un proche , un ami , leur entreprise , ces cautions s'engagent sans songer que leur acte porte en lui de lourdes conséquences . C'est alors avec amertume et déception qu'elles découvrent lors de la défaillance du débiteur principal qu'elles cautionnent , l'ampleur de la tragédie . Des situations dramatiques qui vont les contraindre à "se serrer la ceinture" d'autant que celle-ci est déjà , pour beaucoup d'entre elles , au dernier cran . Les problèmes de surendettement et d'exclusion<sup>17</sup> se profilent alors pour elles à l'horizon .

L'aspect particulièrement déroutant de ce qui précède pourrait suffire à instruire sur la nécessité de protéger les intérêts de la caution . Il n'en fallait pas plus pour le législateur et la jurisprudence qui vont s'engouffrer tour à tour dans une quête croissante d'égalité par le droit dans le contrat pour aider la caution , partie faible . Regain de formalisme, réglementation du contenu du contrat, prolifération d'obligations diverses comme l'information auxquelles le créancier devra se soumettre sous peine d'être sanctionné, au point où poursuivre une caution est devenu un vrai parcours du combattant<sup>18</sup>. Le cautionnement va de plus en plus échapper à l'action commune des parties pour se transformer en un contrat dirigé tantôt par le juge , tantôt

---

<sup>15</sup>Réf. Fenet , Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil , Videcop , éd. 1827 , T.1 , p.482 .

<sup>16</sup>G. Piette , Droit des sûretés , Gualino , Fac Université , 7ème éd. , 2014 .

<sup>17</sup>D. Fenouillet , « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution? », RDC 2004, p.304; A. Prüm , « Protéger les cautions contre elles-mêmes ! », RDBF 2003, p.269.

<sup>18</sup>D. Legeais, Droit des sûretés et garanties de crédit, LGDJ, coll. « Manuels », 8<sup>ème</sup> éd., 2013.

par le législateur et , pas forcément dans la plus grande cohérence<sup>19</sup> . Sans compter que la force obligatoire du contrat est heurtée de plein fouet .

A bien des égards, nous restons dubitatifs face à l'ampleur des mesures prises qui risquent d'accentuer un mouvement de désaffection à l'encontre du cautionnement<sup>20</sup> . Peut-être que le législateur « devrait s'abstenir de légiférer avec les sentiments qui produisent rarement de bons textes »<sup>21</sup>. Il faut prendre garde à ce que les mécanismes protecteurs remplissent bien le but poursuivi initialement, que leurs actions soient adaptées aux problèmes qu'ils ont vocation à combattre ; il y va de la survie de la sûreté qui perd inexorablement en efficacité<sup>22</sup>. Or , « l'histoire et le droit comparé montrent en effet que lorsque le cautionnement est trop affaibli par l'augmentation des protections législatives , la pratique recherche d'autres formes de garantie personnelle beaucoup plus rigoureuses »<sup>23</sup>.

La philosophie protectrice des cautions a poussé le raisonnement très loin, peut-être trop loin. Il faut un ajustement des règles du cautionnement à la mesure du droit des sûretés qui demeure une matière foisonnante où la vivacité, la créativité rythment les rapports contractuels<sup>24</sup>. Le droit du cautionnement doit dès lors se garder d'être figé, immobile dans un monde qui est en perpétuelle mouvement et où le temps est à la révision, aux recherches pour être en adéquation avec les besoins économiques, sociaux et juridiques de notre société<sup>25</sup> . De fait le cautionnement doit s'extraire de ce cercle vicieux dans lequel il est tombé. Selon une formule du cardinal de Richelieu , « la politique devient l'art de rendre possible ce qui est nécessaire » .

Actuellement , ce qui apparaît nécessaire et même fondamental , c'est une profonde réforme du cautionnement afin de restaurer son attractivité<sup>26</sup> . Le cautionnement de 1804 n'est plus celui d'aujourd'hui<sup>27</sup> . Les causes de cette métamorphose sont identifiées et ses conséquences décriées . Les murailles de la simplification se sont effondrées pour laisser place à un droit

---

<sup>19</sup>G. Piette, « Les faiblesses du cautionnement », Rev. Lamy dr. aff. , oct. 2008 , p.103 .

<sup>20</sup>Ph. Simler, « Les solutions de substitution au cautionnement », JCP E 1990. II . 15659 .

<sup>21</sup>P. Crocq, « Les bons sentiments ne font pas les bons textes », D.2005.2025.

<sup>22</sup>J. Terray, « Le cautionnement : une institution en danger », JCP G 1987. I. 3295 ; F. Pasqualini, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », LPA, 3 février 2004, p. 3.

<sup>23</sup>Ch. Mouly, « Pour la liberté des garanties personnelles », Banque.1987.1166.

<sup>24</sup>D. Legeais, Droit des sûretés et garanties du crédit, op.cit.

<sup>25</sup>L. Garrido, Le droit à la sûreté, Cujas, coll. « Actes et Etudes », 2012.

<sup>26</sup>M. Bourassin, L'efficacité des sûretés personnelles, Bibl. dr. privé, LGDJ, 2006, T.456, préf. M-N. Jobard-Bachelier et V. Brémond .

<sup>27</sup>C. Lisanti, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines », Dr. et patr. 2008 , n°172 , p.46 ; Ph. Simler , op. cit. : « Le Code civil régit aujourd'hui un cautionnement ignoré de la pratique , qui n'existe plus guère que dans les cas où la loi ou le juge exigent du débiteur qu'il fournisse caution » .

complexe aux multiples textes qui se chevauchent sans vision d'ensemble . Cela se vérifiera dans tous les stades du cautionnement . Cet aspect quantitatif ne doit pas masquer le problème qualitatif de ces dispositions législatives dont la rédaction est pour le moins décevante<sup>28</sup> . A ces maux dont souffre le cautionnement il convient de trouver des remèdes<sup>29</sup> .

Dans cette perspective , un groupe de travail sous la direction du Professeur Grimaldi avait proposé des éléments de réponses afin de repenser le cautionnement<sup>30</sup> . Malheureusement , si certaines sûretés ont subi d'importantes modifications avec l'ordonnance du 23 mars 2006 qui crée dans le Code civil un Livre IV consacré aux sûretés , le cautionnement n'a bénéficié que d'une modeste renumérotation de ses articles . Pourtant , c'était l' occasion rêvée d'opérer un sérieux nettoyage qui aurait permis de redonner du souffle à la matière susceptible de développer son efficacité économique<sup>31</sup> . « A légiférer comme sur du vide , le risque est grand de légiférer dans le vide »<sup>32</sup> . L'heure des choix est venue ! Il faut faire sauter les verrous qui bloquent la pérennité du cautionnement et trancher afin de remettre de l'ordre dans ce droit au combien essentiel dans notre société.

De fait, la thèse se propose de distinguer dans le tissu sonore de l'évolution du cautionnement les bruits nuisibles qui font grincer les dents des créanciers et les notes plus mélodieuses qui portent en elles les germes réels du changement pour une meilleure sûreté. Pour ce faire, même si de puissants obstacles se dressent devant nous, nous tenterons de cerner au plus près la réalité en confrontant les hypothèses, les sources, en nous efforçant de rejeter les fausses évidences. Notre travail de recherche souhaite obtenir ainsi un équilibre entre les impératifs

---

<sup>28</sup>D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in Mélanges Simler, Litec-Dalloz, 2006, p.367.

<sup>29</sup>D. Legeais, « Perspectives d'évolution du cautionnement », Dr. et patr. 2008 , n°174 , p.46 .

<sup>30</sup>F. Buy, « Recodifier le droit des sûretés, à propos du rapport sur la réforme du droit des sûretés », RLDC juill-août 2005, p.27 ; Rapport Grimaldi pour une réforme globale du droit des sûretés, Dr. et Patr. sept. 2005 , p.49 ; M. Ancel , Projet de réforme du droit des sûretés , RDC. 2005 . 782 ; D.R. Martin , « Le Code civil à sautemouton » , D.2005.1577 et 2078 , obs. P. Crocq ; JCP.2005.I.185, n°13 , note P. Delebecque ; P. Crocq et Y. Picod , « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes » , éd. Juridiques et techniques , 2006 ; G. Notté , Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés , JCP E 2006 .603 ; Ph. Simler , « La réforme du droit des sûretés » , un Livre IV nouveau du Code civil , JCP 2006.I.124 ; D. Legeais , « La réforme du droit des garanties, ou l'art de mal légiférer » , Mélanges Simler , Dalloz-Litec , 2006 , P367 ; « Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 » , JCP 2006 , n°spéc. 20 .

<sup>31</sup>Ph. Dupichot, « L'efficacité économique du droit des sûretés personnelles », LPA, 14 avril 2010, n°74, p.3 ; Ph. Stoffel-Munk, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », Dr. et Patr. 2012, n°213, p.56 ; Ph. Simler, « Prévention et dispositif de protection de la caution », LPA, 10 avril 2003, p.23 où l'auteur mentionne pour sa part « une occasion manquée d'une modernisation et d'une rationalisation du droit du cautionnement ».

<sup>32</sup>D. Houtcieff, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi sur l'initiative économique », JCP 2003. I . 161 .

qu'impliquent une bonne sûreté et les exigences économiques, sociales et juridiques en dissipant les malentendus ou les ambiguïtés en engageant des discussions sereines. Grâce à un recentrage des mesures protectrices, on pourra redessiner le cautionnement pour les années à venir en se concentrant sur ses points forts, en élaguant ses points faibles tout en recherchant des remèdes à ses faiblesses.

Aussi, pour mener à bien ces objectifs, nous opterons pour un plan qui reprendra les deux phases fondamentales du contrat que sont sa formation et son exécution.

Une première partie sera dès lors consacrée à la formation du cautionnement et dans laquelle seront examinées les dispositions mises en place pour aider la caution à s'engager dans les meilleures conditions. Aussi, l'étude des moyens traditionnels de protection de la caution, auxquels s'ajouteront de nouveaux procédés d'aide à la décision de contracter constitueront des instruments précieux de l'analyse.

Suite à quoi, nous aborderons la deuxième partie qui témoignera d'une extension significative de la protection de la caution lors de l'exécution du cautionnement. Les diverses mesures protectrices octroyées à l'intéressée, à travers les différentes informations ou recours dont elle dispose, nous permettront de poser un regard attentif sur le dénouement de cette sûreté personnelle.

PREMIERE PARTIE : LA PROTECTION DE LA CAUTION LORS DE LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT

DEUXIEME PARTIE : LA PROTECTION DE LA CAUTION AU COURS DE L'EXECUTION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT



**PREMIERE PARTIE :**  
**LA PROTECTION DE LA CAUTION LORS DE LA FORMATION DU**  
**CAUTIONNEMENT**

La formation du contrat est une étape extrêmement importante qu'il faut aborder avec la plus grande attention. Elle devient très vite une pente glissante pour tout contractant qui n'a pas les outils adéquats pour la traverser sans encombre, tel est le cas pour la caution insouciante, inconsciente. Défini comme un personnage faible, ce garant qui éprouvera moult difficultés à contracter doit être aidé. Comment ? En restituant au mieux sa volonté ! A t-elle prise la mesure de son engagement ? Une grande partie du contentieux tourne autour de cette problématique. Selon Monsieur Pierre Sargos, « lorsque la volonté de s'engager comme caution est contestée, l'expression de cette volonté et l'interprétation qu'il faut lui donner deviennent une difficulté essentielle »<sup>33</sup>.

Bien sûr, le souhait actuel d'intervenir sur la volonté contractuelle s'explique par la constatation de plus en plus récurrente d'une rupture d'égalité entre les créanciers et les cautions. Ces dernières ayant peu de marge d'action dans l'élaboration du contrat se trouvent dominées intellectuellement et économiquement par leur cocontractant. Difficile dès lors d'obtenir dans ce contexte une volonté réelle de la caution prise au piège.

Or, dans le contrat, c'est « la volonté qui s'engage » . La volonté joue ainsi « le rôle de la condition sine qua non de la réalisation de l'acte juridique »<sup>34</sup>. Aussi, la volonté est érigée comme une condition indispensable à la formation du contrat qu'il faut préserver . Par conséquent, l'analyse de la volonté dans la formation du cautionnement consistera à vérifier qu'une volonté s'est effectivement manifestée, en l'occurrence celle de la caution, dans le respect de certaines conditions. Pour y parvenir, la caution peut jouir des possibilités tirées de la théorie générale des contrats. En effet, lorsque le juge souhaite rétablir la volonté de la caution, les options qui lui sont offertes sont les vices du consentement ou l'utilisation de la cause ou de l'objet. Mais ces mécanismes vont se révéler insuffisants, car intervenant a posteriori, et donc tardivement (Titre 1) .

---

<sup>33</sup> P. Sargos, « Le cautionnement : dangers, évolutions et perspectives de réformes », Rap. Cass. 1986, p.33 et s.

<sup>34</sup> C. Grzegorzczuk, L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit, Droits/7, PUF 1988, p.47, spéc. p.48.

C'est pourquoi, saisissant le caractère impératif de la prévention, le législateur et la jurisprudence vont chercher à améliorer, perfectionner la qualité de la volonté contractuelle de la caution aux moyens de différentes techniques adaptées pour s'assurer de son consentement qui doit être donné de façon libre et éclairée. Car, on peut penser qu'« une volonté mieux éclairée gagne peut-être en intensité ce qu'elle peut ici ou là perdre en étendue »<sup>35</sup>. L'étude du cautionnement lors de sa formation du contrat va de fait mettre en lumière des mesures préventives destinées à améliorer la volonté de la caution et à pallier aux insuffisances des mesures curatives car, « il est bien plus sûr d'éviter l'erreur par le renseignement ou l'information préalable que par la sanction »<sup>36</sup>. Le droit entoure alors les comportements des contractants au cautionnement<sup>37</sup> en anticipant et en corrigeant les faiblesses de la caution par des procédés d'aide à la décision. Formalisme pointilleux , information , mise en garde , conseil ... seront autant de mesures protectrices destinées à introduire plus de justice dans les relations contractuelles (Titre 2) .

---

<sup>35</sup> F. Terré, « La sociologie du contrat », in Les notions du contrat, Arch. Phil. Droit, Tome XIII, 1968, p.81.

<sup>36</sup> G. Venandet, L'intégrité du consentement, Thèse Nancy, 1976.

<sup>37</sup> B. Fages, Le comportement du contractant, Thèse Aix-en-Provence, 1996, PUAM, 1997.

## **TITRE 1 : LA MUTATION DU CAUTIONNEMENT VERS UNE PROTECTION ACCRUE DE LA CAUTION**

« La formule lapidaire « pas de crédit sans sûreté » épouse plus que jamais la réalité »<sup>38</sup>. Pourtant, difficile de rassurer les créanciers à l'heure où sûreté ne s'accorde plus avec sécurité... Finalement, au royaume des sûretés, les créanciers ne sont plus rois »<sup>39</sup>.

Cette décadence n'a pas épargné le cautionnement qui s'est progressivement métamorphosé. Contrat unilatéral dans lequel en principe seule la caution s'engage envers le créancier, cette sûreté personnelle intrigue et même embarrasse par la confusion qu'elle porte en elle.

En effet, lorsqu'on ne se laisse pas aveugler par l'illusion de l'apparente simplicité qu'un tel contrat dégage<sup>40</sup>, on se rend compte que les obligations législatives et jurisprudentielles imposées au fur et à mesure au créancier afin de protéger la caution, créent beaucoup d'incertitudes ; au point que certains auteurs ont été amenés à se demander s'il ne fallait pas le qualifier désormais de contrat synallagmatique<sup>41</sup>. L'unilatéralité du cautionnement se trouve dès lors déstabilisée par la lutte menée contre les abus des créanciers (Chapitre 1). Une réaction qui vient combler l'insuffisance des moyens traditionnels de protection de la caution (Chapitre 2).

---

<sup>38</sup>D. Legeais, op.cit.

<sup>39</sup> B. Monassier, Allocution d'ouverture « Les sûretés ne sont plus sûres.... », Droit et patr. , n°92, avril 2001, p.52.

<sup>40</sup> F-L. Simon, « La spécificité du contrat unilatéral », RDCciv. , avril-juin 2006, n°2, p.209.

<sup>41</sup> Ph. Simler et Ph. Delebecque , Droit civil , Les sûretés , La publicité foncière , Dalloz , 4<sup>ème</sup> éd. 2004 ; M. Sejean , « La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier », préf. D. Houtcieff, 2011.

## **CHAPITRE 1 : LE FLECHISSEMENT DU REGIME DU CARACTERE UNILATERAL**

Si l'on s'en tient à la définition du contrat unilatéral transmise par les rédacteurs du Code civil à l'article 1103<sup>42</sup>, le cautionnement est bien à classer dans cette catégorie. Mais les turbulences qu'il subit depuis 40 ans, contraignant le créancier à être débiteur d'une obligation de coopération à l'égard de la caution, nous amènent à aborder le contrat de cautionnement sous une autre approche mettant en avant sa « bilatéralisation » (section 1). Toutefois, « ces obligations secondaires pesant sur le créancier que font naître la loi et la jurisprudence »<sup>43</sup> et qui ne sont donc pas de nature contractuelle ne permettent de saisir l'étendue de la protection de la caution que par l'appréhension du cautionnement dans son ensemble en l'intégrant notamment à un groupe de contrat (section 2).

### **SECTION 1 : L'UNILATERALITE DU CAUTIONNEMENT**

A la lecture de certains commentaires aux titres pour le moins alarmistes<sup>44</sup>, on a le sentiment que le cautionnement « déborde de son lit naturel »<sup>45</sup> pour s'infiltrer peu à peu sur les terres jusque là réservées aux contrats synallagmatiques. Certes, les sources de perturbations sont nombreuses, et l'irruption d'obligations diverses oppressant le créancier et destinées à protéger la caution renforce cette thèse (§2). Mais le contrat de cautionnement est traditionnellement présenté comme un contrat unilatéral (§1).

---

<sup>42</sup> « Le contrat est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement ». Le législateur de 1804 pour élaborer ce texte, s'est beaucoup inspiré des travaux de Pothier (Traité des obligations, spéc. §9). Pour une étude approfondie sur la question et une distinction du contrat unilatéral avec les contrats synallagmatiques : F.L. Simon, préc.

<sup>43</sup> M. Sejean, op. cit.

<sup>44</sup> Ex. J. Terray, « Le cautionnement : une institution en danger », JCP.G.1987, 3295 ; B. Monassier, F.Michel, « Les sûretés ne sont plus sûres », op.cit.

<sup>45</sup> J. Terray, préc.

## **§1) LE CAUTIONNEMENT, UN CONTRAT CLASSIQUEMENT UNILATERAL**

Evoquer l'unilatéralité du cautionnement, c'est faire état de la raison d'être de la protection de la caution. En effet, par opposition au contrat synallagmatique ou bilatéral qui fait naître des obligations réciproques entre les parties<sup>46</sup>, le cautionnement est « l'archétype du contrat unilatéral »<sup>47</sup>. Conformément à l'article 1103 du Code civil, ce dernier n'engendre d'obligation qu'à la charge de la caution qui prend à l'égard du créancier l'engagement d'exécuter le paiement de la dette si le débiteur principal venait à être défaillant<sup>48</sup>. Le créancier quant à lui ne fait qu'accepter la garantie. Cette distinction est utile<sup>49</sup> puisque certaines conséquences pratiques en découleront et donneront la coloration au régime protecteur dont bénéficiera la caution.

Ainsi, si à l'égard des contrats synallagmatiques, c'est l'article 1325 du Code civil<sup>50</sup> lequel impose la formalité dite « du double original » qui s'applique, le cautionnement en tant que contrat unilatéral n'est pas soumis à cette exigence. Aussi, dans ce dernier un seul exemplaire peut être établi, détenu en principe par le créancier. Mais l'absence de délivrance à la caution d'une copie du contrat conclu n'est pas sans conséquences.

En effet, exposée à « une singulière faculté d'oubli »<sup>51</sup>, la caution est incontestablement fragilisée par cette unicité d'exemplaire. Que dire de ses héritiers qui sont parfois dans une totale ignorance de l'existence d'un tel contrat et qui l'apprennent avec effroi à la mort de la

---

<sup>46</sup> L'article 1102 C.civ. énonce qu'un contrat est synallagmatique « lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ». L'exemple parfait est la vente. En l'espèce, le vendeur s'engage à fournir la chose, lorsque l'acheteur s'oblige à en payer le prix. Dans cette relation, les protagonistes sont à la fois « créancier et débiteur ». En effet, le vendeur est d'une part créancier du prix, mais aussi débiteur de la chose. En ce qui concerne l'acheteur, il est débiteur du prix ainsi que créancier de la chose. Il ya dès lors une interdépendance entre les deux obligations qui fait que « l'obligation de l'un est justifiée par l'obligation de l'autre » : B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Droit civil, Les obligations, contrat, 6<sup>ème</sup> éd., Litec 1998.

<sup>47</sup> C. Jallamion et C. Lisanti, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines », Colloque « Le cautionnement : regards croisés », Université Notariat, Vème rencontre de l'ARNU Nîmes, 7 février 2008, in Droit et patr. n°172, juillet-août 2008, p.46 ; Pour tous ceux qui se sont penchés sur la question, le cautionnement est présenté comme « naturellement », « traditionnellement », « fondamentalement », « nécessairement » unilatéral : M. Sejean, op.cit. ; R.-J. Pothier, Traité des obligations, t.II, 2<sup>ème</sup> éd. 1764, n°520, p.63 ; C. Albiges, M.-P. Dumont-Lefrand, Droit des sûretés, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2013 ; P. Ancel, Droit des sûretés, Lexis-Nexis, 6<sup>ème</sup> éd. 2011 ; G. Piette, Droit des sûretés, Gualino, 7<sup>ème</sup> éd. 2013-2014 ; F. Zenati-Castaing, T. Revet, Cours de droit civil, Sûretés personnelles, PUF, 2013.

<sup>48</sup> Article 2288 C.civ. : « Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

<sup>49</sup> L'utilité de cette distinction entre contrat unilatéral et synallagmatique a été notamment soulignée par Demolombe dans son ouvrage, Traité des contrats et obligations conventionnelles en général, T.1, spéc. §21 et selon qui, « L'intérêt pratique de la distinction est considérable ! ». Dans le même ton, Monsieur F.L Simon qui cite d'ailleurs Demolombe : « La spécificité du contrat unilatéral », op.cit. .

<sup>50</sup> « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui ont été faits ».

<sup>51</sup> Ph. Simler et Ph. Delebecque, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, 6<sup>ème</sup> éd. Dalloz, coll. « Précis », 2012.

caution<sup>52</sup>. Ces inconvénients liés directement à l'unilatéralité du cautionnement vont faire réagir le législateur qui, souhaitant protéger davantage la caution, va mettre en place des dispositions destinées à remédier à ces effets néfastes. C'est le cas par exemple des textes spéciaux relatifs à l'information due par le créancier à la caution<sup>53</sup>. Mais nous aurons l'occasion de revenir plus longuement sur ces différentes protections dans la partie qui leur est dédiée<sup>54</sup>.

Sur le plan de la preuve, le caractère unilatéral du cautionnement le soumet aux exigences de l'article 1326 du Code civil qui prescrit la rédaction d'une mention manuscrite<sup>55</sup>. Destinée à relever l'expression et la preuve du consentement de celui qui s'engage, en l'occurrence ici celui de la caution, ce dernier prévoit donc que figure dans le contrat outre la signature de la personne qui souscrit au cautionnement, « la somme ou la quantité en toutes lettres » apposée de sa main<sup>56</sup>. « La main étant l'instrument du langage »<sup>57</sup>, cet écrit doit ainsi protéger la caution en lui faisant prendre conscience de l'étendue de son obligation.

Cette précaution spéciale ayant une fonction probatoire va connaître toutefois un destin singulièrement capricieux que l'on aura peine à suivre<sup>58</sup>. Les différentes dispenses qui y sont attachées<sup>59</sup> et l'expansion des dispositions renforçant la protection de la caution par un formalisme validant vont fortement contribuer à réduire son champ d'application. En effet, « le domaine de la mention spéciale de l'article 1326 C.civ. a fondu, au point qu'il est légitime de se demander ce qu'il en reste, surtout depuis la loi Dutreil du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>60</sup> ». De fait, l'affaiblissement de l'article 1326 C.civ. et les limites apportées à l'établissement d'un exemplaire unique<sup>61</sup> vont sérieusement affecter le régime unilatéral du cautionnement, « de

---

<sup>52</sup> D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2013, p.50 ; M. Bachellier, M. Bourassin, V. Brémont, *Droit des sûretés*, 3<sup>ème</sup> éd., Sirey, coll. « Université », 2012 ; M. Sejean, op. cit. .

<sup>53</sup>S. « Les obligations d'information ont pour but de contrebalancer le caractère unilatéral du contrat de cautionnement qui peut n'être établi qu'en un seul exemplaire, même si cela devient plus rare en pratique » : Piedelièvre, obs. sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 novembre 2004, n°01-03-772, Bull.I n°252, p.210 ; Gaz. Pal., 7 juin 2005, p.2058. Dans le même ordre d'idée, Messieurs Simler et Delebecque se prononçant sur l'article L.313-22 du Code monétaire et financier, y voient également un remède aux conséquences du caractère unilatéral du cautionnement que nous avons soulevé : Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cit.

<sup>54</sup>Deuxième partie, Titre1 consacré au renforcement de la protection par un meilleur accompagnement de la caution au cours de la vie du cautionnement, Chapitre 1 avec l'extension de l'information à la caution durant l'exécution du contrat.

<sup>55</sup>Article 1326 C.civ. : « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent (....) doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme (...) en toutes lettres et en chiffres ».

<sup>56</sup>Ex. Cass.com. 27 novembre 1991, Bull.civ. IV, n°364.

<sup>57</sup>F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Cours de droit civil, Sûretés personnelles*, op.cit.

<sup>58</sup>Une évolution qui sera retracée dans la première partie, titre 2, section 2, §1.

<sup>59</sup>Par exemple cette formalité probatoire de l'article 1326 c.civ. est inutile lorsque le cautionnement a été conclu par acte authentique (art. 1317-1 C.civ.). On considère que la présence d'un notaire suffit à alerter la caution sur les dangers de son engagement et qu'il n'y a pas lieu de la soumettre à la mention précitée.

<sup>60</sup>M. Sejean, op.cit. ; Sur le déclin de l'article 1326 C.civ. voir également P. Crocq, « Que reste-t-il aujourd'hui de l'exigence de la mention manuscrite ?, RTDciv. 2003, p.122 ; V.B. Roman, « L'article 1326 C.civ. a-t-il encore vocation à s'appliquer en matière de questionnement », question soulevée sous Cass.com., 4 février 2003, n°00-19.959 ; Bull.IV, n°13, p.19 ; D.2003, p.1357 ; V. Avena-Robardet, « Réforme inopinée du cautionnement, D.2003, p.2083.

<sup>61</sup>Bien qu'actuellement, les créanciers et plus spécifiquement les établissements de crédit usent de moins en moins de cette faculté et préfèrent remettre spontanément à la caution lors de la conclusion du contrat une copie de leur engagement.

sorte que l'unilatéralité ressemble moins à une qualification juridique qu'à un trait descriptif du cautionnement »<sup>62</sup>.

Atténuer la rigueur du caractère unilatéral du cautionnement en garantissant le respect de l'équilibre contractuel par ces nouvelles formes d'action des droits de la caution, permet une vision plus large de la prévention des risques que comporte le cautionnement. Ce caractère prioritaire, aux côtés des actions déjà bien engagées de lutte contre les abus des créanciers que fournit le droit commun, notamment à travers la notion de bonne foi de l'article 1134 du Code civil<sup>63</sup>, s'inscrit dans la continuité de la politique d'intensification de la coopération contractuelle. Cette prévention des risques du cautionnement sera conçue et exercée dans ses multiples facettes.

Dès lors, peut-on encore qualifier le cautionnement de contrat unilatéral ? En poussant l'analyse plus loin et en étudiant les contraintes dont fait désormais l'objet le créancier, le doute est permis. Aussi, pour mesurer le niveau d'infiltration de la « bilatéralisation » et de fait l'atteinte occasionnée à l'unilatéralité de la sûreté personnelle par les différents mécanismes de protection dont bénéficient la caution, il nous faut avancer prudemment afin de saisir au mieux les enjeux d'un tel bouleversement (§2).

## **§2) « LA BILATERALISATION » DU CAUTIONNEMENT**

Le caractère unilatéral du cautionnement que l'on prenait pour acquis, évident a, depuis les années 80, prêté le flanc à bien des malentendus. Témoignent du bien-fondé de ce malaise les interrogations que cela a suscité chez certains auteurs<sup>64</sup>. « La « bilatéralisation » du cautionnement serait-elle un serpent caché sous les fleurs ? Elle est en tout cas un désordre imprévu dans une présentation que l'on croyait juste »<sup>65</sup>.

La « bilatéralisation » n'est pas une notion totalement étrangère au cautionnement. En effet, il faut rappeler que les parties ont tout le loisir de le rendre synallagmatique. Cette réciprocité, certes de nature exceptionnelle, peut se produire notamment lorsque le créancier, en contrepartie de la sûreté obtenue, s'oblige à l'égard de la caution à remplir certains « engagements positifs »<sup>66</sup> comme par exemples la réduction du taux d'intérêt, la mainlevée d'une autre sûreté... En dehors de certaines hypothèses spécifiques, l'unilatéralité prime dans

---

<sup>62</sup>M. Sejean, « La bilatéralisation du cautionnement », op.cit.

<sup>63</sup>Ex. Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 2003, Bull. civ. I, n°114 ; Cass.civ. 3<sup>ème</sup>, 4 octobre 2000, n°98622 .267 ; RTDciv., juillet-sept. 2001, n°3, p.629, note M. Bandrac et P. Crocq.

<sup>64</sup>P. Delebecque, « Le cautionnement est-il devenu un contrat synallagmatique ? », sous « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », D.1990, p.255 ; P.Grimaldi, « Peut-on encore soutenir, sauf par habitude, que le cautionnement est un contrat unilatéral dès lors qu'on ne cesse de répéter que le créancier a des obligations envers la caution ; qu'il ne peut octroyer des crédits intempestifs, supprimer fautivement le crédit octroyé, laisser s'accumuler la dette du loyer.. », observation sous Cass.com., 26 avril 2000, n°96-21.941, Bull.IV, n°80, p.71 ; D.2000, p.665.

<sup>65</sup>M. Sejean, préc.

<sup>66</sup>PY. Ardoy, Droit des sûretés, op.cit. ; G. Piette, Droit des sûretés, op.cit.

le cautionnement. Mais alors, que penser des nouvelles contraintes infligées au créancier ? Les droits pour la caution d'être informée, conseillée, mise en garde, principe de proportionnalité.... constituent-ils des contreparties à l'engagement de la caution de nature à transformer le cautionnement en contrat synallagmatique ?

Il est indéniable que ces diverses protections , qui viennent rappeler au créancier que tout n'est pas permis dans ses relations avec la caution<sup>67</sup>, perturbent la ligne de démarcation traditionnelle qui existe entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux. Mais de là à dire que le cautionnement s'est métamorphosé en contrat synallagmatique serait excessif.

En effet, pour qu'il ait contrepartie, réciprocité, il aurait fallu que ses contraintes soient entrées dans le champ contractuel. Or, ce n'est pas le cas ! Ces différentes « obligations » ne constituent pas la cause finale ayant déterminé l'engagement de la caution ; elles ne lui confèrent dès lors aucune créance et ne peuvent donner lieu à une exécution forcée<sup>68</sup>. Contrairement aux apparences, ces contraintes faites au créancier sont loin d'être « symétriques » aux obligations de la caution et non évidemment pas la même force<sup>69</sup>. Malgré leur multiplication, tous les auteurs retiennent que le cautionnement demeure « par essence unilatéral »<sup>70</sup>.

De fait, si ces contraintes ne sont pas des contreparties à l'engagement de la caution<sup>71</sup>, doit – on les qualifier « d'obligations » ? Soulignons que par définition, l'obligation « est un lien de droit (vinculum juris) entre deux ou plusieurs personnes en vertu duquel l'une des parties, le créancier peut contraindre l'autre, le débiteur, à exécuter une prestation (donner, faire ou ne pas faire) »<sup>72</sup>. Encore une fois, lors de la souscription du cautionnement, le créancier n'entend assumer aucune obligation de la sorte envers la caution. La notion d' « obligation » a donc un contenu strict et précis<sup>73</sup>. Pourtant, c'est le terme employé par le législateur dans certains textes qui vont créer une certaine ambiguïté. C'est le cas notamment en matière d'information avec par exemple l'article L.341-1 du Code de la consommation<sup>74</sup> ou l'article L.313-9 du même code.

---

<sup>67</sup>J.Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p.439 ; C.Mouly, « Abus de caution ? », in L'évolution du droit des sûretés, RJcom. février 1982, n°spécial, p.13.

<sup>68</sup>D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, op.cit. ; J.B. Seube, Droit des sûretés, op.cit. ; P.Y. Ardoy, Droit des sûretés, op.cit. ; Ch. Albiges, M-P. Dumont-Lefrand, Droit des sûretés ; op.cit. ; G. Piette, Droit des sûretés, préc. ; P. Ancel, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>69</sup>D. Houtcieff, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », RTDciv. 2006, p.191.

<sup>70</sup>Préc.

<sup>71</sup>Cass.com., 8 avril 2015, n°13-14.447 ; obs. P. Pailler, Dr. et Pat. , l'hebdo n°1008, 27 avril 2015 : « La multiplication des obligations d'origine prétorienne et légale mises à la charge du créancier pouvait faire douter de la nature toujours unilatérale du contrat de cautionnement. La Chambre commerciale la consacre toutefois ici clairement ».

<sup>72</sup>Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2013.

<sup>73</sup>F. Boucard, les obligations d'information et de conseil du banquier, préf. D. Legeais, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

<sup>74</sup>« Sans préjudice des dispositions particulières, toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. Si le créancier ne se conforme pas à **cette obligation**, la



La jurisprudence va elle aussi alimenter la confusion en faisant référence à cette notion « d'obligation » en s'appuyant en particulier sur l'article 1147 du Code civil<sup>75</sup> pour retenir ou non<sup>76</sup> la responsabilité du créancier qui n'a pas exécuté son obligation<sup>77</sup>, par exemple celle de mise en garde de la caution non avertie<sup>78</sup>.

Mais la reconnaissance de la responsabilité contractuelle du bénéficiaire du cautionnement sur le fondement de l'article 1147 C.civ. n'est pas à l'abri des critiques. Ce dernier suppose la préexistence d'une obligation contractuelle ! Or, si l'on reste dans le cas de « l'obligation » de mise en garde de la caution, celle-ci n'est pas contractuelle mais bien précontractuelle<sup>79</sup>. Nous verrons dans la partie qui lui consacrée<sup>80</sup> que cette protection intervient en amont afin d'assurer le consentement éclairé de la caution lors de la formation du cautionnement. De fait, s'il y a responsabilité du créancier, celle-ci doit reposer sur la violation de son obligation de contracter de bonne foi, et non sur la base de l'article 1147C.civ<sup>81</sup>.

Aussi, le recours par le législateur et la jurisprudence à la notion « d'obligation » pour caractériser l'information, le principe de proportionnalité, la mise en garde ... n'est pas toujours conforme à la réalité et donc demeure imparfait. C'est pourquoi, la majorité des auteurs qui sont beaucoup plus dans la nuance vont utiliser ce terme d'obligation du « bout des lèvres »<sup>82</sup> et lui préféreront d'autres substituts de nature à démontrer que le créancier n'est nullement débiteur d'obligations civiles à l'égard de la caution. Il en va ainsi de ceux qui utilisent davantage un terme chargé de morale de « devoirs »<sup>83</sup> ou de « sujétions »<sup>84</sup>. D'autres y voient plutôt « des concessions » faites à la caution<sup>85</sup>, des « obligations secondaires »<sup>86</sup>,

---

caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée ».

<sup>75</sup>Selon les termes de cet article, « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

<sup>76</sup>Ex. de rejet de la responsabilité du créancier sur le visa de l'article 1147 C.civ. , Cass.com. 17 décembre 2003, n°00-19.993, Bull.civ.n°208 ; Cass.com.3 mai 2006, n°04-19.315, Bull.IV, n°103, p.102, RTDciv.2007, p.103, note J. Mestre et B. Fages.

<sup>77</sup>A voir « Les obligations du banquier au regard des cautions », Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, Bull.inf. C.cass., n°714, 15 janvier 2010, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>78</sup>Ex. Cass.com.20 octobre 2009, n°08-20.274, Bull.civ. IV, n°127 ; JCP.G. 2009, 422, note L. Dumoulin ; D.2009.2971, obs. D. Houtcieff ; JCP.E. 2009.2053, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal. 21 novembre 2009, n°325, p.24, note F. Guerchoun, AJ, p.2607, note X. Delepech.

<sup>79</sup>Sur ces aspects M. Sejean, op.cit.

<sup>80</sup>Première partie, titre 2, chapitre 2, section 1.

<sup>81</sup>M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, Thèse, Paris I, préf. Ghestin, LGDJ, bibl. dr. privé, T.221, 1992, n°312, p.250 ; J.Daniel, « Le devoir de mise en garde du banquier, LPA, 18 février 2008, n°35, p.5 ; M. Sejean, op.cit.

<sup>82</sup>M. Sejean, « La bilatéralisation du cautionnement », op.cit.

<sup>83</sup>P. Dupichot, Le pouvoirs des volontés individuelles en droit des sûretés, Thèse, Paris II, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005 ; M. Cabrillac, S. Cabrillac, C. Mouly et P. Pétel, Droit des sûretés, op.cit. .

<sup>84</sup>L. Aynès, « Le droit des sûretés en 2002 », Droit et patr. mars 2003, n°113, p.70 ; M. Sejean, op.cit. : « L'article 1147 du Code civil jette inutilement le doute sur le caractère unilatéral du cautionnement en laissant croire que le bénéficiaire du cautionnement est débiteur d'obligations contractuelles. En réalité, **les sujétions** prétoriques de mise en garde et de proportionnalité sont précontractuelles (...) ». Somme toute, ces sujétions ne bilatéralisent pas le cautionnement (...).

<sup>85</sup>R.T. Troplong, Droit civil expliqué, Du cautionnement, 1846.

<sup>86</sup>P. Ancel, Droit des sûretés, op.cit.

« des obligations accessoires »<sup>87</sup>, ou encore, s'inspirant des droits germaniques, « des incombances »<sup>88</sup>.

En tout état de cause, quelque soit le vocable utilisé pour qualifier les contraintes imposées au créancier, celles-ci ont toutes le même objectif : la protection de la caution. Ce but va ainsi venir supplanter l'unilatéralité du contrat de cautionnement. Néanmoins, il semble essentiel d'observer à ce stade que, dès lors que les différentes protections accordées à la caution ne ressortent pas du contrat, qu'elles ne sont pas la contrepartie de son engagement<sup>89</sup>, et de fait qu'elles lui sont faites « plutôt par faveur que par suite d'un droit »<sup>90</sup>, ces dernières n'ont pas transformé le cautionnement en contrat synallagmatique. Elles viennent juste alimenter une sorte de « code de bonne conduite » à destination du créancier qui doit impérativement rompre avec une pratique individualiste où seul son intérêt compte. Équité, bonne foi vont alors bénéficier dans le cautionnement d'une solide assise légale et jurisprudentielle imposant au créancier loyauté et coopération contractuelle envers la caution.

S'inscrivant dans une vision « solidariste », cette évolution du contrat contraint le créancier « d'aimer son cocontractant comme un frère »<sup>91</sup>. Sans aller jusque là, ces protections, par le désordre qu'elles provoquent au sein de la sûreté, vont inévitablement affecter son unilatéralité. Mais pour être plus précis, elles ne font qu'« en atténuer sa portée »<sup>92</sup> et donc sa rigueur envers la caution. En conséquence, certes le caractère unilatéral du contrat passé entre le créancier et la caution ne brille plus du même éclat que lors de son apparition en 1804 dans le Code civil, il demeure toutefois un critère fondamental du cautionnement qui, pour en comprendre les changements subis, doit être analysé dans son ensemble, avec tous les rapports qui le composent (Section 2).

---

<sup>87</sup>C. Tartari, De la fidéjussion en droit romain, Du cautionnement en droit français, Thèse Grenoble, 1875, p.180 : A propos du bénéfice de non subrogation de la caution : « Il est encore vrai, et cette objection ne laisse pas que de présenter quelque gravité, que le créancier est tenu de conserver ses actions dans toute leur intégrité, afin que la caution puisse utilement s'en servir pour le recouvrement de ses avances ; mais on peut répondre que cette obligation accessoire du créancier ne dérive pas du contrat, et qu'elle a été introduite par équité et pour sauvegarder les intérêts de la caution ». Pour évoquer l'article 2314 C.civ. d'autres autres utiliseront les termes « d'obligation toute négative de ne pas compromettre le recours de la caution contre le débiteur principal » : J. Mazeaud, H. et L. Mazeaud, F. Chabas, Leçon de droit civil, op.cit. Usant d'un autre vocable, Messieurs Simler et Delebecque, voient dans l'obligation de l'article 2314 C.civ. « simplement une cause légale spécifique d'extinction », op. cit. .

<sup>88</sup>F. Luxembourg, La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles, Thèse Paris II, préf. A. Ghozi, Panthéon-Assas 2007 ; F.X. Licari, Les principales sûretés personnelles du droit allemand, in Lamy, Droit des sûretés, , septembre 2008, fasc. n°520 ; D. Houtcieff, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », RTDciv. 2006, p.191 ; P. Ancel, Droit des sûretés, LexisNexis-Litec, coll. Objectif droit cours, 5<sup>ème</sup> éd.2008 : « On est ici plus en présence « d'incombances » que de véritables obligations dont le créancier serait débiteur.

<sup>89</sup>Se référant à l'information annuelle à laquelle tout créancier professionnel doit se soumettre au profit de la caution, la Cour de Cassation est venue préciser que «les diverses obligations mises à la charge du créancier professionnel ne sont que des obligations légales sanctionnées par la déchéance du droit aux accessoires de la créance (sanction prévue par l'article L.313-22 du Code monétaire et financier) et non la contrepartie de l'obligation de la caution » : Cass.com., 8 avril 2015, n°13-14.447, JurisData n°2015-007651 ; RD bancaire et fin., juillet-août 2015, p.49, obs. A. Cerles ; RD bancaire et fin. mai-juin 2015, p.43, obs. D. Legeais.

<sup>90</sup>R.T. Troplong, op. cit.

<sup>91</sup>B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Droit civil, Les obligations, Contrat, 6<sup>ème</sup> éd. Litec, 1998.

<sup>92</sup>D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, op.cit., G. Piette, Droit des sûretés, op.cit.

## **SECTION 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR L'APPREHENSION DU CAUTIONNEMENT DANS SON ENSEMBLE**

Les mutations observées précédemment dans le cautionnement nous font comprendre qu'il y a un vif intérêt à questionner et approfondir l'analyse qui tourne autour de la protection de la caution en ouvrant les espaces du possible et en élargissant l'étude sur une nouvelle perspective, celle relative à la théorie des groupes de contrats. Jusqu'à une récente période, cette approche était assez méconnue. Aujourd'hui, elle commence à avoir sa place dans la confrontation des doctrines<sup>93</sup>. Certes, de nombreuses équivoques font qu'elle se trouve souvent présentée de manière plus ou moins restrictive. Un grand travail de clarification reste donc à faire au sein du cautionnement. Ce qui est nouveau dans la structure actuelle de cette sûreté personnelle, c'est que ce travail au combien nécessaire est devenu tout à fait possible. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de s'en étonner puisqu'il s'agit de faire face aux situations concrètes que soulève le cautionnement<sup>94</sup>.

Aussi, pour commencer ce travail de clarification, il convient d'ordonner l'analyse de la protection de la caution à travers la question de l'ensemble contractuel autour de deux grands axes. Le premier est d'ordre purement méthodologique puisqu'il s'agit d'envisager une refonte de l'institution en repensant les liens existants dans les différents rapports et ce, afin de redonner de la cohérence à un droit du cautionnement incomplet, empreint de contradictions. L'émergence de la notion de groupe de contrats et la multiplication des actions s'en réclamant dans le cautionnement permet ainsi de reconnaître son unité juridique et sa fonction économique résultant de l'interdépendance des rapports entre le créancier-la caution et le débiteur. Ce n'est que par une étude d'ensemble que la sûreté personnelle pourra se libérer des entraves qui l'enchaînent (§1).

---

<sup>93</sup>B. Teyssié, Les groupes de contrats, préf. J.M. Mousseron, Biblio. dr. priv. T. 139, LGDJ.1975 ; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier, P.U.F, 1986 ; J. Néret, Le sous-contrat, LGDJ, 1979 ; M. Bacache-Gibeili, La relativité des conventions et les groupes de contrats, LGDJ, 1996 ; F. Leborgne, L'action en responsabilité dans les groupes de contrats, Etude de droit interne et de droit international privé, Thèse Rennes, 1995.

<sup>94</sup>A. Daher, « Quelques aspects de l'évolution contemporaine du contrat de cautionnement », Rev. Jur. De l'Ouest, 1992, Vol. 5, p.285.

Le second axe est plus d'ordre substantiel. L'objectif est de mieux protéger les intérêts de la caution en impliquant les différents protagonistes, y compris en se référant à la présence très prégnante du débiteur principal dans le montage de l'opération de cautionnement<sup>95</sup>. Prendre davantage en compte cette relation renforcerait la préservation des intérêts de la caution en comblant notamment les vides laissés par les mécanismes classiques de protection de droit commun des contrats que sont par exemple le dol, l'erreur ou la cause (§2).

## **§1) LA PROTECTION INTRINSEQUE DE LA CAUTION DANS L'OPERATION DE CAUTIONNEMENT**

Afin de traduire fidèlement la complexité, et donc la réalité qui caractérise le cautionnement, il faut revoir la perception classique du schéma contractuel de cette sûreté au profit d'une analyse plus globale favorisant la matérialisation de plusieurs contrats, certes indépendants, mais inévitablement imbriqués (A). La cohésion de l'ensemble contractuel va ainsi faire apparaître un groupe générateur de liens contractuels étroits que la caution pourra invoquer pour tenter de mettre en échec l'action en paiement du créancier (B).

### **A) L'IMBRICATION DES RELATIONS JURIDIQUES**

La théorie traditionnelle du cautionnement mettant en scène uniquement le créancier et la caution n'a plus les mérites d'antan et a perdu de sa valeur<sup>96</sup>. On songe alors à une nouvelle base juridique sur laquelle la jurisprudence pourrait s'appuyer pour renforcer la protection de la caution. Pour ce faire, le contrat de cautionnement ne doit plus être considéré comme une bulle intéressant ses seuls auteurs. Car à côté de cette convention unissant le créancier et la caution, rapport définissant le cautionnement stricto sensu, il convient de se référer également à l'opération de cautionnement. Bien évidemment, cette dernière concerne toujours le créancier et la caution, mais auxquels s'ajoute le débiteur principal qui va jouer un rôle fondamental dans la triade<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> M. Rémond-Gouilloud, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », op.cit.

<sup>96</sup> M. Rémond-Gouilloud, préc.

<sup>97</sup> M. Rémond-Gouilloud, préc.

Concrètement, lorsqu'elle s'engage, la caution n'endosse qu'une obligation de garantie complètement différente de l'obligation à laquelle est tenue la personne cautionnée. Il y a donc là bien deux dettes distinctes<sup>98</sup>. Cette distinction est importante car elle permet de dégager le lien de dépendance existant entre ces deux rapports. En effet, ce n'est pas pour payer sa propre dette que la caution a signé mais, comme le précise l'article 2288 du Code civil<sup>99</sup>, pour garantir la dette d'autrui. La structure du cautionnement étant dualiste, se profile en son sein une imbrication des relations juridiques entre les trois intéressés.

Ce rapport triangulaire n'a pas échappé au droit qui le prend de plus en plus en compte. D'ailleurs la Haute juridiction, dans un arrêt très remarqué du 2 février 1972, n'a pas manqué de souligner que le cautionnement « implique des engagements entre trois personnes, un créancier, un débiteur et une caution »<sup>100</sup>. C'est dans le cadre de cette opération triangulaire qui prend en considération « ce personnage clé » qu'est le débiteur principal, qu'on pourra notamment apprécier la motivation de la caution et les recours qui lui sont reconnus.

Ces rapports peuvent aisément nous faire croire à une "opération juridique à trois personnes". Pourtant, en nous penchant sur la thèse de Monsieur Larroumet<sup>101</sup>, nous nous rendons compte que l'opération de cautionnement, bien qu'elle mette en scène trois personnages, ne répond pas aux critères de l'opération juridique à trois personnes.

Effectivement, selon l'auteur, « l'opération juridique à trois personnes suppose un enchevêtrement des relations juridiques entre les trois personnes concernées »<sup>102</sup> ; elles se distinguent de fait par l'unicité du contrat<sup>103</sup>. Or, cette qualification ne convient pas au cautionnement. Et pour cause, « cette fausse opération juridique à trois personnes ne résulte pas d'une seule convention mais de la superposition de deux contrats »<sup>104</sup>. On observe deux contrats dont le premier unit le créancier-au débiteur principal, auquel s'ajoute un second contrat conclu cette fois entre le créancier et la caution. Dans ce dernier, le débiteur principal

---

<sup>98</sup> Sur cet aspect, voir D. Legeais, *Droit des sûretés*, op.cit. ; Bourassin, V. Bremond, M.N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 2ème édition, 2010.

<sup>99</sup> « La caution se soumet à satisfaire à l'obligation du débiteur ».

<sup>100</sup> Cass.civ. 1ère, 2 février 1972, Bull. Civ. I. n°37; M. Simler, J-Cl. Droit civil, Art. 2011-2020, 1er fasc., V° cautionnement, fasc. A., n°43: « le contrat de cautionnement n'est que l'un des éléments d'une opération triangulaire ».

<sup>101</sup> Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse Bordeaux, 1968.

<sup>102</sup> Ch. Larroumet, préc.

<sup>103</sup> « Les contrats qui, tout en étant liés entre eux, conservent leur individualité, constituent un groupe de contrats », F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit.

<sup>104</sup> Ch. Larroumet, op. cit. p.4.

n'intervient pas, il demeure un tiers par rapport à ce contrat établi entre la caution et le créancier, qui est "res inter alios acta" à son égard<sup>105</sup>. Dès lors, même s'il est évident que des liens particuliers « les unissent », ces contrats se distinguent et ne peuvent se confondre. C'est donc bien une superposition de deux rapports de droit n'ayant pas la même origine parce que résultant de contrats différents, conclus entre certes un même créancier mais avec deux obligés différents, que sont le débiteur principal et la caution.

De fait, la méfiance à l'égard de la « triangularité » du contrat évoquée par certains auteurs, nous contraint à appréhender le cautionnement sur un autre plan pour comprendre certaines mesures protectrices de la caution dans la phase de mise en oeuvre de la sûreté personnelle. Car, il faut garder à en tête que contrat de cautionnement n'est « qu'un maillon au milieu d'autres conventions »<sup>106</sup>. Il s'ajoute à un contrat principal dont il entend garantir la bonne exécution et sans lequel son existence n'aurait aucun sens. C'est finalement le groupe de contrats, au sens où cette notion a été définie par Monsieur Teyssié<sup>107</sup>, qui apparaît en filigrane dans l'opération de cautionnement (B).

## **B) LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR L'INTEGRATION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT A UN GROUPE GENERATEUR DE LIENS ETROITS**

L'opération juridique à trois personnes est constituée d'une seule convention qui influe sur la situation juridique des trois intéressés, contrairement au groupe de contrats qui comprend plusieurs conventions. Dans ce dernier, on ne peut isoler un seul des rapports en présence car cela nous conduirait inévitablement à une réalité faussée qui aboutirait à d'importantes incohérences. Aussi aujourd'hui, le contrat de cautionnement, à l'image de certains contrats, « ne peut plus être exclusivement considéré comme un tout indépendant se suffisant à lui-même »<sup>108</sup>. Cette approche du problème est certes aisée, d'autant que le débat autour de la notion de groupe de contrats n'a cessé de diviser les auteurs<sup>109</sup>. En outre, le terme est difficile

---

<sup>105</sup>D. Legeais, Droit des sûretés, préc.

<sup>106</sup>B. Teyssié, Les groupes de contrats, préc.

<sup>107</sup>B. L. Teyssié, Les groupes de contrats, op. cit..

<sup>108</sup>R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1ère série, 3ème éd., Dalloz, 1964, n°46; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in l'évolution contemporaine du droit des contrats, journées René Savatier, PUF, 1986, p.41.

<sup>109</sup>Pour certains auteurs comme Messieurs Cabrillac et Mouly, analyser l'opération de cautionnement à travers la notion de groupe de contrats ne tient pas la route. En effet, pour ces derniers, il n'existe entre les différents rapports aucune relation.

car répondant à plusieurs types de groupes. Aussi, pour aller jusqu'au bout de l'identification du groupe qui caractérise la structure du cautionnement, il nous faut à nouveau nous reporter à l'étude de Monsieur Teyssié qui les a regroupés au sein de catégories, à travers ce qu'il appelle la « summa divisio »<sup>110</sup>.

Cette « summa divisio » distingue deux catégories de groupe de contrats. La première d'entre elles renvoie « aux chaînes de contrats de structure linéaire qui se constituent de plusieurs conventions portant sur le même objet »<sup>111</sup>. Dans ces dernières, il n'y a pas de personnage central, d'où leur nom qui évoque « les maillons qui se succèdent à l'infini »<sup>112</sup>. Cette approche ne correspond absolument pas au cautionnement. En effet, ce dernier fait bien apparaître deux conventions liées entre elles par une « identité de cause », et concourent à une même opération économique<sup>113</sup>. Contrairement à la structure linéaire qui marque les chaînes de contrats, dans le cautionnement nous avons plutôt à faire à une structure circulaire<sup>114</sup> qui met en scène un personnage central autour duquel « rayonnent tous les contrats ». Ce personnage central dans notre sûreté n'est autre que le créancier qui contracte et oblige d'abord le débiteur principal, et va ensuite s'engager avec la caution qui signera pour garantir la dette dudit débiteur. On est donc en présence de contrats juxtaposés qui mettent en lumière deux obligations distinctes. Et puisque l'obligation de la caution a pour objet une dette existante qui n'est pas la sienne, celle-ci aura donc un caractère accessoire par rapport à l'obligation garantie<sup>115</sup>. « La dette principale anime le contrat de cautionnement à qui elle sert de cause »<sup>116</sup>, le motif qui justifie son existence. Se dessine alors dans le groupe de contrats, par la volonté des parties, une certaine hiérarchie qui positionne en second plan la caution

---

<sup>110</sup>B. Teyssié, Les groupes de contrats, op.cit.

<sup>111</sup>« Les chaînes de contrats qui se caractérisent par l'existence de plusieurs accords unis par une identité d'objet car organisés à propos d'une même chose, autour d'une même prestation essentielle »: B. Teyssié, Les groupes de contrats, op. préc., p.39. Il est à préciser que cette figure se subdivise elle-même, selon qu'elle est constituée de contrats homogènes, c'est à dire de même nature (tel est le cas par exemple d'une série de ventes successives) ou de contrats hétérogènes composés de contrats de nature différente (par exemple une vente de matériaux utilisés par un constructeur pour l'exécution d'un contrat d'entreprise au profit du maître d'ouvrage vendu ou loué à un tiers).

<sup>112</sup>B. Teyssié, op.cit.

<sup>113</sup> B. Teyssié, op. cit., n°43 et n°226.

<sup>114</sup> Toujours en suivant le raisonnement de l'auteur, préc.

<sup>115</sup>«L'accessoire est au service du principal et vise le même but que ce dernier, il le sert dans sa réalisation. Plus précisément, l'ensemble formé par la réunion du principal et de l'accessoire vise (...) le but qui était déjà celui du principal seul. L'accessoire a donc en définitive la même fin que le principal, mais il ne peut atteindre ce but qu'indirectement, au travers du principal dont le service est son but direct », Goubiaux, La règle de l'accessoire en droit privé, LGDJ 1969, préf. Tallon, p.37.

<sup>116</sup>La cause, définie comme étant le but poursuivi par les parties lorsqu'elles s'engagent, sera un moyen d'assurer l'interdépendance entre les divers contrats dans l'ensemble contractuel. Elle permet de lier le sort de ces actes et de créer une indivisibilité entre les diverses obligations.

dans la mesure où, « débiteur "par défaut", la caution n'est tenue que pour un autre et non avec un autre<sup>117</sup>. En conséquence, le cautionnement par cette qualification intègre la deuxième catégorie dégagée par Monsieur Teyssié, « les ensembles contractuels », également appelés « faisceaux »<sup>118</sup>. L'identification du groupe de contrats dans le cautionnement étant faite, il nous reste à établir ses conséquences sur la protection de la caution.

Le choix d'étudier cette protection sous l'angle de l'ensemble contractuel est dicté par l'avantage qu'elle offre en limitant les iniquités observées entre les différents protagonistes. L'interdépendance entre les deux conventions a des répercussions non négligeables sur la caution qui se verra reconnaître des actions contractuelles sur le fondement du contrat principal, alors même qu'elle en est totalement étrangère ! Exception d'inexécution, action en responsabilité contractuelle, action en nullité, ou action en résolution....seront autant d'éléments porteurs d'espoirs pour la caution qui redoute l'appel en paiement du créancier<sup>119</sup>. L'ampleur de ces effets protecteurs envers la caution dont l'application va au-delà du cadre restreint et au combien limité de l'action directe que l'équité et la morale exigent pour corriger les conséquences perverses et néfastes du principe de l'effet relatif des contrats.

Pour étayer cette thèse, prenons tout d'abord l'exemple de l'exception d'inexécution. Cette disposition reposant en principe sur l'interdépendance et la réciprocité des obligations résultant d'un contrat synallagmatique, octroie le droit à une partie au contrat de ne pas exécuter son obligation dès lors que son cocontractant n'a pas rempli son engagement<sup>120</sup>. Cette mesure qui découle d'un lien contractuel ne concerne donc que les parties à ladite convention, excluant de fait ce bénéfice aux tiers au nom de l'effet relatif du contrat. Or, la caution, tiers au contrat principal passé entre le créancier et le débiteur, va se voir reconnaître cette faveur lui donnant la possibilité d'invoquer à l'égard du créancier l'exception d'inexécution du contrat de base. Cette immixtion de la caution dans un contrat dans lequel elle est étrangère, générée par le caractère accessoire du cautionnement à la dette du débiteur principal que prévoit l'article 2313 du Code civil et qui lui permet d'« opposer à son créancier toutes les exceptions que le débiteur pourrait invoquer pour ne pas payer sa dette », ne peut s'expliquer que par le biais du groupe de contrats qui lui offre une protection, certes

---

<sup>117</sup>M. Bourassin, V. Bremond, M.N. Jobard- Bachellier, Droit des sûretés, op. cit.

<sup>118</sup>B. Teyssié, op. cit,

<sup>119</sup>J. Ngafaounain, Les mécanismes de protection de la caution, Thèse, 1993, Univ. D'Orléans.

<sup>120</sup>M. Fabre-Magnan, Droit civil, Les obligations, Tome 1, P.U.F, coll. « Thémis », 3<sup>ème</sup> éd., 2013 ; B. Fages, Droit des obligations, LGDJ, Lextenso-Editions, 4<sup>ème</sup> éd., 2013 ; J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, Les obligations : le rapport d'obligation, Vol.3, 7<sup>ème</sup> éd. 2011.



limitée<sup>121</sup>, mais très intéressante<sup>122</sup>. Ses effets seront plus amplement développés dans la partie consacrée aux recours de la caution<sup>123</sup>. Il en sera de même sur les bénéfices de discussion et de division en raison toujours du droit d'immixtion qu'il confère à la caution dans des contrats dans lesquels elle est étrangère<sup>124</sup>.

La reconnaissance de l'ensemble contractuel constitue donc un enjeu majeur dans la protection de la caution, notamment par la réception d'une action en responsabilité contractuelle à la caution sur le fondement du contrat principal.

L'admission d'une action en responsabilité contractuelle au sein du groupe appelle donc une relecture de l'article 1165 du Code civil et pour laquelle milite un grand nombre d'auteurs<sup>125</sup>. Dans le cas de la caution, elle est légitimée par le fait « qu'il existe effectivement dans le groupe auquel s'intègre le cautionnement un lien de droit entre le débiteur, titulaire de l'action, et la caution en raison de l'identité de l'objet de leurs obligations. C'est ce lien qui permet à la caution d'intervenir dans le contrat auquel elle n'est pas partie »<sup>126</sup>.

C'est ainsi que progressivement la jurisprudence<sup>127</sup> a accueilli cette proposition dans le cautionnement en permettant à la caution de rechercher la responsabilité du créancier professionnel dispensateur de crédit<sup>128</sup>. Introduit par les nécessités de contracter de bonne foi et l'obligation de loyauté, ce droit donne ainsi l'opportunité à la caution qui risque de souffrir d'un préjudice résultant d'agissements inconsidérés du créancier qui a accordé<sup>129</sup>, soutenu<sup>130</sup>,

---

<sup>121</sup>Une limite prescrite par l'alinéa de l'article 2313 C. Civ. qui énonce que « la caution ne peut opposer les exceptions purement personnelles au débiteur », par exemple l'incapacité du débiteur.

<sup>122</sup>Sur la libération de la caution sur le fondement de l'article 2313 C.civ. : exemples Cass.com., 13 octobre 2015, n°14-19734 ; Cass.com. 2 juin 2015, n°14-17099 ; Cass.com. 8 avril 2015, n°13-22969 ; références sur <http://WWW.legifrance.gouv.fr>

<sup>123</sup>2<sup>ème</sup> partie se rapportant à la protection de la caution au cours de l'exécution de la caution, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1.

<sup>124</sup>Même section que la précédente, §2.

<sup>125</sup>B. Teyssié, Les groupes de contrats, op. cit. B. Berlioz-Houin et G. Berlioz, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », Mélanges Houin, p.14 ; J. Néret, Le sous-contrat, op.cit. ; P. Le Tourneau, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », Mélanges Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, n°38, p.365 ; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français, Journée Savatier, 1985, p.59.

<sup>126</sup>J. Ngafaounain, Les mécanismes de protection de la caution, op.cit.

<sup>127</sup>C'est la Première Chambre civile qui a ouvert la voie à une telle interprétation dans un arrêt en date du 9 Octobre 1979, Bull.civ. n°291, p.292 ; Gaz. Pal. 1980.I.249, obs. Plancqueel, RTD.civ. 1980, 354, note Durry ; Cass.civ. 21 juin 1988, JCP.1988.II.21125, obs.Jourdain ; Defrénois, 1989, article 34470, n°12, note Aubert ; JCP E .II.15294, obs. Delebecque.

<sup>128</sup>D. Legeais, Droit des sûretés et garanties de crédit, op.cit.

<sup>129</sup>Ex. Cass.com. 24 janvier 1989 ; RTD.com. 1990, 270, obs. J.F. Hael.

<sup>130</sup>Ex. Cass.com. 24 mars 2015, n°14-10381 et 14-13103 ; Cass.com. 27 mai 2014, n°13-17287 et 13-17288

refusé, ou rompu abusivement<sup>131</sup> le crédit au débiteur principal, de lui réclamer des dommages et intérêts. Cela signifie donc que la faute du créancier à l'égard du débiteur principal n'est pas considérée comme une exception purement personnelle audit débiteur<sup>132</sup>, la caution peut de fait s'en prévaloir.

L'action en responsabilité contractuelle au sein de l'ensemble contractuel a ébranlé le droit du cautionnement<sup>133</sup>. Mais mesurant le risque qu'il y a à reconnaître trop facilement cette largesse aux cautions<sup>134</sup>, la jurisprudence va confronter ces garants à la logique et aux exigences qu'appelle ce type de recours. La recevabilité de cette action en responsabilité sur le fondement du contrat principal sera dès lors d'intensité très variable, bénéficiant surtout aux cautions profanes<sup>135</sup>, non intégrées à l'entreprise cautionnée<sup>136</sup>.

A ceux qui objecteront que « la notion de groupe de contrats est trop vaste et imprécise pour servir de critère à l'application de la responsabilité contractuelle »<sup>137</sup>, « un terrain mal balisé »<sup>138</sup>, il convient de rappeler que la recherche de la clef du juste ne permet plus d'enfermer le cautionnement dans une analyse individualiste qui fragiliserait la caution. Aussi, l'analyse de l'imbrication des contrats qui met en lumière la participation de la caution à l'opération économique du cautionnement lui confère « un droit direct personnel »<sup>139</sup>.

Une fois décrit l'intérêt pour la caution qu'il y a à appréhender le cautionnement dans sa globalité, il nous faut maintenant pousser l'analyse plus loin en nous penchant sur une composante essentielle du cautionnement, le rapport entre la caution et le débiteur principal (§2).

---

<sup>131</sup>Ex. Cass.com.18 mars 2014, n°12-29583 ; Cass.com., 30 mars 2010 ; RD. bancaire et fin. 2010, 133, note D. Legeais ; Cass.com. 21 juin 2005, n°03-18.595, Rev. de droit bancaire et fin. 2005, n°5, sept-octobre, p.21 ; Cass.com. , 24 juin 2003, LPA 24 novembre 2003, p.7, note D. Houtcieff ; Cass.com. 22 avril 1980, Bull. civ. n°163 ; RTD.com. 1981,121, note M. Cabrillac et Rives-Lange.

<sup>132</sup>D. Legeais, op. cit.

<sup>133</sup>S. Piedelièvre, «La responsabilité liée à une opération de crédit », Dr. et Patr. 2001, n°89, p.62 ; D. Arlie, « La négligence du prêteur, la règle de l'accessoire attachée au cautionnement et la libération de la caution », LPA, 30 octobre 2001, p.3 ; D. Martin, « De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur », Banque et droit, novembre-décembre 1999, p.12.

<sup>134</sup>Nous pensons en particulier à l'insécurité juridique.

<sup>135</sup>CA Paris, 26 novembre 2002; RTD.com.2003, 348, obs. D. Legeais ; Cass.com. , 12 novembre 1997 ; JCP E 1998.182, note D. Legeais ; Bull. Joly 1998, 107, note Ph. Delebecque.

<sup>136</sup>Cass.com. 28 janvier 2014, n°12-27703 : La caution a été déboutée de son action en responsabilité contre le créancier pour soutien abusif à l'entreprise cautionnée au motif qu'elle était avertie et connaissait parfaitement la situation de la société. Dans le même sens, Cass.com. 3 mars 1992, Bull. n°99, p.71 Cass.com. 18 mars 2003, JurisData n°018575; Cass.com. 24 juin 2003, JurisData n°019638.

<sup>137</sup>Viney, obs. Sous Ass. Plén. 12 juillet 1991, JCP 1991.II.21743.

<sup>138</sup>J. Ngafaounain, Les Mécanismes de protection de la caution, op. cit. .

<sup>139</sup>Ph. Simler, Mouly, op.cit.

## **§2) LE RAPPORT CAUTION-DEBITEUR, UNE COMPOSANTE ESSENTIELLE DANS LA PROTECTION DE LA CAUTION**

De nos jours, il est devenu malaisé d'étudier le droit du cautionnement que sous le rapport existant entre le créancier et la caution dès lors que cette sûreté personnelle crée des liens juridiques entre la caution et le débiteur. Une telle approche serait trop réductrice de l'opération économique<sup>140</sup>. En outre, plusieurs dispositions dans le Code civil viennent préciser ce rapport spécifique à travers les recours que le garant peut avoir à l'encontre de la personne cautionnée<sup>141</sup>. Certes, le fait que ce débiteur ne participe pas au cautionnement rend son existence pour le moins douteuse. Pourtant, il reste celui qui a inspiré toute l'opération. S'il y a cautionnement, c'est bien parce que ledit débiteur a contracté une dette nécessitant une garantie, et que la caution puisse s'engager à son insu n'y change rien. Il est « la clé de voûte » de cette relation à trois qui se dégage dans le cautionnement<sup>142</sup>. Mais cette relation caution-débiteur est protéiforme<sup>143</sup> et va se manifester sous des aspects variés qui compliqueront les tentatives de qualifications de sa nature juridique (A). Une difficulté qui n'éclipse pas l'influence positive qu'a ce rapport particulier sur la protection de la caution (B).

### **A) LA NATURE JURIDIQUE OBSCURE DU CONTRAT CAUTION-DEBITEUR**

La présence du débiteur principal ne peut raisonnablement être ignorée. Il est comme « une ombre portée sur le contrat de cautionnement »<sup>144</sup>. Certes, juridiquement le débiteur principal fait figure de tiers au contrat de cautionnement, de sorte que ses agissements, les changements qui peuvent le toucher n'influent en rien sur le contrat de cautionnement. Dès lors, si l'on s'en tient à cette simple approche, « sa valeur serait de pure explication »<sup>145</sup>. Cet aspect se comprend aisément si l'on veut assurer une sécurité juridique à laquelle le créancier est légitimement en droit d'attendre. Il n'en demeure pas moins que le débiteur principal est un

---

<sup>140</sup>M. Remond-Gouilloud, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le cautionnement », JCP.1977.I.2850 ; J. François, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », Dalloz 2001, p.2580.

<sup>141</sup>Exemple avec l'article 2305 C. civ. qui prévoit que « La caution qui a payé à son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur ».

<sup>142</sup>D. Legeais, op.cit.

<sup>143</sup>B. Galopin, « Les rapports de la caution avec le débiteur cautionné », sous la dir. M. Heuzé, Mémoire DEA droit privé, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2002.

<sup>144</sup>M. Bourassin, V. Bremond, M.N. Jobard- Bachellier, Droit des sûretés, op. préc.

<sup>145</sup>M. Remond-Gouilloud, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le cautionnement », op.cit.

personnage central dans le montage de l'opération de cautionnement<sup>146</sup>.

En effet, si « le cautionnement est une opération à trois personnes (...), s'il ne comporte en principe qu'un engagement, s'il n'unit en droit que deux contractants, il intéresse en fait trois personnes : la caution s'engage parce que le débiteur le veut, et le débiteur le veut parce que le créancier l'exige. Le rapport créancier-caution ne représente qu'un élément d'une opération complexe, dont il devrait être indissociable (...). L'éliminer, c'est se condamner à n'avoir de la nature juridique du cautionnement qu'une vision incomplète, et parfois erronée »<sup>147</sup>.

Mais, cette liaison si particulière qui les cimente dans cet ensemble structuré n'est pas évidente à établir<sup>148</sup>. Pourtant, son étude nous serait d'un grand secours dans la compréhension des moyens de défenses octroyés à la caution contre le créancier et ce débiteur. Quelle est donc la nature juridique de cette relation caution-débiteur ?

Plusieurs thèses sont avancées, certaines paraissant vraisemblablement plus réalistes que d'autres. Tantôt la caution agit en vertu d'un mandat du débiteur, tantôt comme « son gérant d'affaires », pour d'autres en revanche, il s'agit d'une stipulation pour autrui.

Pour la majorité de la doctrine, l'engagement de la caution à l'égard du débiteur doit être qualifié de stipulation pour autrui. Prévue par l'article 1121 du Code civil, la stipulation pour autrui est un contrat passé entre deux personnes : le promettant et le stipulant. Ce contrat prévoit que le promettant exécutera une prestation pour un tiers au contrat, le bénéficiaire<sup>149</sup>. Dans ce cas, si l'on moule ce mécanisme juridique au rapport entre la caution et le débiteur, la « caution-promettant » s'engage envers « le débiteur-stipulant » à exécuter l'obligation de ce dernier envers « le créancier-bénéficiaire ». Selon Monsieur Simler, qui défend fermement la thèse de la stipulation pour autrui, il s'agit d'« un contrat autonome et définitif, assorti d'effets propres, et qui oblige la caution même en l'absence d'un nouvel accord entre elle et le créancier. (...) La caution, en effet se sera engagée envers le débiteur à le garantir envers tel créancier pour telle ou telle dette ou tel ensemble de dettes. Cet accord renferme tous les éléments constitutifs d'une stipulation pour autrui, dont le créancier désigné est le

---

<sup>146</sup> M. Remond-Gouilloud, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le cautionnement, op. cit.

<sup>147</sup> M. Remond-Gouilloud, op. préc.

<sup>148</sup> J. François, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », Dalloz 2001, p.2580.

<sup>149</sup> Sur le sujet voir notamment, Boulanger, La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui, Thèse Caen, 1933; Champeau, La stipulation pour autrui en droit français, thèse Paris, 1893; Lambert, La stipulation pour autrui, Thèse Paris, 1893.

bénéficiaire»<sup>150</sup>. Mais en tout état de cause, une telle stipulation pour autrui ne saurait être présumée<sup>151</sup>.

En effet, l'existence de la stipulation pour autrui suppose que le promettant et le stipulant aient accepté de prendre en compte les intérêts du tiers. Messieurs Boulanger et Ripert précisent en ce sens que la stipulation pour autrui est « une forme de représentation des intérêts d'autrui. En passant un contrat, une personne prend en mains les intérêts d'autrui. En même temps qu'elle agit pour son compte elle met sa volonté au service d'autrui »<sup>152</sup>. Le droit du bénéficiaire contre la caution-promettant trouve donc son fondement dans la volonté du stipulant et du promettant. Or en l'absence cette volonté, il ne saurait être question de parler de stipulation pour autrui<sup>153</sup>.

Ainsi, « la caution-promettant » et « le débiteur-stipulant » se mettent d'accord pour reconnaître l'extension des effets de leur contrat au profit « du créancier-tiers » à la convention. De fait, dans ce contrat qui aurait dû normalement être « res inter alios acta », la stipulation pour autrui est alors une vraie exception à l'effet relatif de la convention, puisque le tiers devient créancier de « la caution-promettant » sans même avoir la qualité de partie au contrat<sup>154</sup>.

Cette analyse du rapport caution-débiteur en stipulation pour autrui est pour le moins originale et à le mérite de proposer un renouvellement de la conception classique du cautionnement. La jurisprudence elle-même, voyant dans la stipulation pour autrui un instrument permettant de mettre en échec le principe parfois gênant de la relativité des conventions dans la pratique<sup>155</sup>, a étendu ce mécanisme au cautionnement. En effet, à plusieurs reprises, la Cour de cassation a décelé dans l'engagement de la caution « une stipulation du débiteur principal faite non seulement dans son intérêt mais encore dans celui de ses créanciers au sens de l'article 1121

---

<sup>150</sup>Ph. Simler, op. cit. , n°14; C. Ginestet, La qualification des sûretés, Defrénois, 1999, p.80; P. Simler et P. Delebecque, Les sûretés, la publicité foncière, op.cit.

<sup>151</sup>M. Fabre-Magnan, Droit civil, Les obligations, Tome 1, P.U.F, coll. « Thémis », 3<sup>ème</sup> éd., 2013 ; B. Fages, Droit des obligations, LGDJ, Lextenso-Editions, 4<sup>ème</sup> éd., 2013.

<sup>152</sup>Ripert et Boulanger, op. cit. , p.247.

<sup>153</sup>M. Fabre-Magnan, Droit civil, Les obligations, op.cit.

<sup>154</sup>C'est la volonté des individus qui détermine leur qualité de partie contractante. En l'espèce, le tiers devient créancier sans avoir donné son consentement à l'origine. Voir J.L. GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, LGDJ, 1981, p.237: l'auteur explique que la stipulation pour autrui constitue une « exception effective » au principe de l'effet relatif. La stipulation pour autrui attribue un droit direct, mais ce droit trouve sa source dans le contrat de base et non dans la stipulation et il reste dépendant de ce contrat ».

<sup>155</sup>M. Cabrillac, Droit des obligations, Dalloz, coll. « Cours », 16<sup>ème</sup> éd., 2012.

Code civil »<sup>156</sup>.

Mais, pour séduisante soit-elle, l'introduction de la stipulation pour autrui dans l'institution du cautionnement ne saurait se faire sans encombre tant les zones d'ombres sont nombreuses ; « leur mariage est donc compromis »<sup>157</sup>. C'est pourquoi, parce qu'elle peut être source d'incohérences avec certains éléments constitutifs du cautionnement, ce mécanisme de la stipulation pour autrui doit selon nous être pris avec la plus grande prudence.

Tout d'abord, ce qui caractérise peut être le plus la stipulation pour autrui, c'est son caractère contractuel, et de fait la volonté même des deux parties au contrat que sont le stipulant et le promettant. Or, il arrive que la caution s'engage à l'insu du débiteur principal. Dans ce cas, l'absence de volonté « du stipulant-débiteur » de faire naître un droit au profit « du créancier-bénéficiaire » tient nécessairement en échec la stipulation pour autrui. Et cela se comprend ! Étant une exception importante au principe de la relativité des conventions, la stipulation pour autrui doit demeurer essentiellement reposée « sur la volonté du stipulant et du promettant, c'est sa raison d'être »<sup>158</sup>.

Mais c'est surtout une autre raison, et non des moindres, qui nous laisse perplexes sur le bien fondé de la stipulation pour autrui dans le cautionnement. Celle-ci tient à la définition même du cautionnement.

En effet, « le cautionnement est le contrat par lequel la caution par sa volonté, s'engage à l'égard du créancier à exécuter l'obligation de son débiteur au cas où celui-ci ne l'exécuterait pas lui-même »<sup>159</sup>. Ce texte est très explicite. Il suppose bien la rencontre des volontés de la caution et du créancier, seules parties au contrat de cautionnement<sup>160</sup>. C'est sur cette base concrète que se fondent les différentes obligations, comme l'obligation d'information, dont est chargé le créancier envers la caution. La protection dont bénéficie la caution face au créancier

---

<sup>156</sup>Cass.com. 23 novembre 1999, RJDA 2000, n°209; Cass.com. 23 février 1993, Bull.civ. IV, n°69; RTDciv.1994, p.99, obs. J. Mestre; Dalloz 1993, somm. p.313, L. Aynès; RJDA 1993, n°676; JCP.1993.I.n°3717, obs. P. Simler; Cass.com.25 mai 1965, Bull.civ. III, n°332; Cass.req. 30 avril 1888 ; DP.1888.I.p.291.

<sup>157</sup>J. François, Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur, D. 2001, chron. p.2580, op. cit.

<sup>158</sup>D. Legeais, op.cit.

<sup>159</sup>Art. 2288 C.civ.

<sup>160</sup>« L'existence d'un contrat entre la caution et le créancier fait partie de la définition légale du cautionnement et, que la stipulation pour autrui, simple mode de création d'un droit de créance en faveur d'un tiers, ne permet pas de réaliser un tel accord. Le contrat du cautionnement ne peut se nouer autrement que par le biais d'un accord caution-créancier »: Cabrillac, Les garanties financières professionnelles, Thèse Montpellier, préf. P. Pétel, Litec 2000 J. François, Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur, op. cit.

prend tout son sens. « Le créancier, s'il n'est que tiers bénéficiaire, ne saurait se voir imposer des obligations rattachées à un contrat de cautionnement précisément conclu en dehors de lui. Dans le même sens, il ne saurait être question d'exiger qu'il exécute le contrat de bonne foi. Ces obligations légales ne peuvent résulter que d'un contrat entre la caution et le créancier»<sup>161</sup>.

De fait, dire que l'accord caution-créancier n'est pas indispensable à la naissance du cautionnement nous paraît aller à l'encontre de tout ce qui précède. Dès lors, bien que pertinente, la conception consistant à voir dans l'accord entre le débiteur principal et la caution une stipulation pour autrui ne peut nous satisfaire totalement<sup>162</sup>.

Aussi, une autre solution est avancée par la doctrine, celle qui consiste à voir dans le rapport entre le débiteur principal et la caution, un mandat, celui-ci pouvant être exprès ou tacite. Selon les auteurs favorables à cette approche, le débiteur principal donnerait mandat à la caution de garantir sa dette en s'engageant avec le créancier<sup>163</sup>. Cette solution tient du droit romain et de l'ancien droit. En vertu de cette thèse, le recours personnel de la caution contre le débiteur principal reposerait sur l'action de mandat, « mandati contraria »<sup>164</sup>.

Mais cette théorie se distingue par sa singularité et sème le doute. En effet, ce mandat n'emporte aucune représentation du mandant<sup>165</sup>. La caution ne représente pas le débiteur principal, elle agit en son nom et pour son compte<sup>166</sup>. Dans le cas contraire, c'est le débiteur principal qui serait lui-même engagé dans le contrat de cautionnement et non plus la caution<sup>167</sup> ; ce qui serait totalement irréaliste considérant la définition dudit contrat qui lie la caution et le créancier. C'est dans ce rapport que les effets se développent. Cette raison suffit donc à elle seule à exclure la théorie du mandat<sup>168</sup>. En outre, ce contrat de mandat qui intervient exclusivement entre le débiteur et la caution ne pourrait dans ce contexte nuire au

---

<sup>161</sup>J. François, Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur, op. cit.. Dans le même sens, « si le cautionnement est conclu entre la caution et le débiteur sur quel fondement exiger du créancier qu'il ménage les intérêts de la caution? » : Cabrillac, Thèse Montpellier, préf. P. Pétel, Litec 2000, op.cit.

<sup>162</sup>D. Legeais, op.cit.

<sup>163</sup>Albiges, « Le mandat de se porter caution », Dalloz 2002, P.707 ; M. Izorche, « Du mandat sans représentation », Dalloz 1999, p.1999.

<sup>164</sup>Baudry-Lacantinerie et Waht, Traité théorique et pratique de droit civil, des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, n°11 et 32.

<sup>165</sup>M. Cabrillac, préc.

<sup>166</sup>D. Legeais, préc.

<sup>167</sup>Op. préc.

<sup>168</sup>D. Legeais, préc.

créancier, ni même lui conférer des droits<sup>169</sup>, « sauf à imaginer qu'une stipulation pour autrui y a été greffée à son profit »<sup>170</sup>. Le créancier est donc un tiers par rapport au contrat conclu entre la caution et le débiteur principal, tout comme ce dernier est considéré comme un tiers par rapport au contrat passé entre la caution et le créancier. Par conséquent, la caution ne pourrait tirer du contrat qui l'unit au débiteur des moyens de défense qu'elle tenterait de soulever au créancier pour ne pas respecter son obligation de payer. Dès lors, l'hypothèse du mandat ne nous séduit guère.

Lorsque la caution s'engage à l'insu du débiteur principal, le rapport caution-débiteur est analysé en gestion d'affaires. Par ce mécanisme, la caution en tant que gérant doit avoir eu la volonté d'intervenir « dans les affaires d'autrui et pour le compte d'autrui », c'est à dire dans l'intérêt du débiteur principal<sup>171</sup>. Ce dernier ne manifeste donc pas sa volonté au moment de la formation du contrat du cautionnement. S'il avait donné son accord, il y aurait mandat et non pas gestion d'affaires<sup>172</sup>. C'est sur ce lien que les auteurs favorables à cette thèse fondent le recours personnel de la caution, « *negorum contraria* ». Mais cette raison nous laisse perplexes. L'article 2305 C.civ., lui reconnaît ce recours que le débiteur principal l'ait su ou non<sup>173</sup>.

En outre, lorsque la caution contracte avec le créancier, elle ne représente pas le débiteur principal. Or, la gestion d'affaires consiste en une représentation sans mandat<sup>174</sup>. C'est pourquoi, cette qualification extracontractuelle<sup>175</sup> ne peut emporter notre adhésion.

Il nous faut alors chercher une autre piste. Envisageons désormais le rapport caution- débiteur principal comme « une promesse de cautionnement dont le débiteur pourrait exiger l'exécution »<sup>176</sup>. La promesse de contrat constitue un avant-contrat qui prépare le contrat définitif<sup>177</sup>. Ce contrat n'est donc pas définitif. Tous les éléments du contrat sont élaborés dans l'avant-contrat mais l'une des deux parties, voire même les deux, ne donne pas son

---

<sup>169</sup>Albiges, « Le mandat de se porter caution », préc.

<sup>170</sup>J. François, Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur, op. cit

<sup>171</sup>Préc.

<sup>172</sup>Albiges, « Le mandat de se porter caution », op.cit.

<sup>173</sup>M.Rémond-Gouilloud, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », JCP.1977.I.2850, op. cit. ; M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, op. cit.

<sup>174</sup>Albiges, « Le mandat de se porter caution », op. préc.

<sup>175</sup>M.Rémond-Gouilloud, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », op.cit.

<sup>176</sup>F. Steinmetz, note sous. Cass. civ. 1ère, 21 novembre 1973, D. 1975, p.549.

<sup>177</sup>Genimet, Théorie générale des avants-contrats en droit privé, Thèse Paris II, 1985: « la promesse de contrat se définit comme un contrat qui a pour objet de créer à la charge de l'une ou des deux parties une obligation de conclure un contrat déterminé dans sa nature ou son contenu ».



consentement. Dans cette optique, l'accord préalable de la caution et du débiteur principal constituerait la promesse d'un cautionnement futur<sup>178</sup>. Or, cet aspect ne correspond nullement à la structure du cautionnement. Ce dernier résulte de la volonté de la caution qui s'engage et du créancier qui l'accepte. Ce contrat de cautionnement ne doit aucun de ses éléments constitutifs « au présumé avant-contrat »<sup>179</sup> résultant d'un rapport entre la caution et du débiteur principal. De plus, l'accord caution-débiteur est lui-même un contrat définitif<sup>180</sup>. La qualification de promesse de cautionnement « reposant finalement sur une fausse analogie »<sup>181</sup>, n'apparaît donc pas plus convaincante que les précédentes et ne peut être retenue.

Enfin, certains auteurs décèlent entre le débiteur principal et la caution l'existence d'une véritable convention de crédit<sup>182</sup>. Mais il s'agit d'un crédit particulier, car la future caution n'avance pas de fonds. Elle ne fait qu'apposer sa signature sur un contrat destinée à rassurer le créancier qui va prêter au débiteur<sup>183</sup>. L'expression de « crédit par signature » est alors privilégiée<sup>184</sup>. Si le débiteur principal n'est pas présent à la signature du cautionnement conclu entre la caution et le créancier, c'est tout de même lui le bénéficiaire final du crédit<sup>185</sup>.

Toutefois, en retenant ces éléments, on se rend compte que la référence au crédit par signature pour définir la nature du rapport caution-débiteur est source de confusion entre le contrat de cautionnement stricto sensu et la « prétendue convention de crédit »<sup>186</sup>. Dès lors, il nous faut l'écarter pour une qualification moins ambiguë.

---

<sup>178</sup>J. François, *Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur*, op. cit.

<sup>179</sup>D. Legeais, préc.

<sup>180</sup>Ph. Simler, *J.-Cl. Civil Code art. 2288 à 2320*, Fasc. 10, n°14.

<sup>181</sup>Préc.

<sup>182</sup>L'opération de crédit est « tout acte par lequel une personne met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie », article 3 de la loi du 24 janvier 1984.

<sup>183</sup>Piedelièvre, *Droit du crédit*, PUF, 1985, p.9.

<sup>184</sup>M. Vasseur, *Droit et économie bancaire: les opérations de banque*, op.cit. , SIMLER, op. cit. ; J. Ngafaounain, *les mécanismes de protection de la caution*, Thèse, Univ. d'Orléans, 1993.

<sup>185</sup>Préc.

<sup>186</sup>J. François, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », op. cit. : « cette qualification n'est qu'un subterfuge qui esquivé le problème de la nature juridique de l'accord caution-débiteur plus qu'il ne le résout » ; voir aussi M. Cabrillac et C. Mouly, op. cit.

Toutes ces tentatives de qualifications montrent l'ampleur du malaise qui entoure la nature juridique du rapport caution-débiteur principal<sup>187</sup>. C'est pourquoi, il nous est difficile de prendre partie pour l'une ou l'autre thèse avancée. Toutes fournissent des pistes intéressantes mais demeurent incertaines.

Pour autant, cela ne doit pas nous conduire à négliger ce lien existant entre le débiteur et la caution et qui a une influence considérable sur la protection de la caution. Comme le souligne justement Monsieur Simler, « en réalité, le contrat entre la caution et le débiteur principal ne répond à aucune qualification usuelle. Il a un contenu spécifique et il est indissociable du cautionnement stricto sensu »<sup>188</sup> (B).

## **B) L'INFLUENCE DU RAPPORT CAUTION-DEBITEUR SUR LA PROTECTION DE LA CAUTION**

Les relations qui composent l'ensemble contractuel, leur extrême imbrication ne sont donc pas sans incidences sur le contrat de cautionnement. En effet, les irrégularités qui pourraient affecter chacune d'elles devraient avoir une répercussion sur l'ensemble de l'opération de cautionnement et par voie de conséquence sur la protection de la caution au cours de la mise en œuvre de la sûreté<sup>189</sup>.

Lorsque la caution consent à aider le débiteur principal à répondre de sa dette, elle le fait le plus souvent, pour ne pas dire toujours<sup>190</sup>, en raison de sa personne, de la confiance qu'elle lui porte et qui découle des liens familiaux, amicaux et professionnels. C'est la cause même de son engagement<sup>191</sup>. Aussi, lorsque certains événements viennent bouleverser ses prévisions en modifiant ses rapports avec le débiteur, c'est tout naturellement que la caution tentera de s'en prévaloir pour se libérer de son obligation<sup>192</sup>. L'« intuitu personae » inonde le cautionnement<sup>193</sup>. L'influence de la personne du débiteur sur le consentement de la caution est évidente. Pour autant, peut-elle invoquer dans ses rapports avec le créancier les changements

---

<sup>187</sup> J. François, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », op. cit.

<sup>188</sup> Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, op. cit.

<sup>189</sup> J. Ngaïfaounain, Les Mécanismes de protection de la caution, op. cit. .

<sup>190</sup> D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op.cit.

<sup>191</sup> C. Atias, « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », Mélanges M. Cabrillac, p.339.

<sup>192</sup> M. Rémond-Gouilloud, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », op. cit. ; J. François, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », op.cit.

<sup>193</sup> D. Houtcieff, « Contribution à l'étude de l'intuitu personae, remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », RTD 2003, n°1, p.3.

touchant le débiteur principal ?

« Logiquement, la nature de sûreté du cautionnement devrait écarter toute conséquence nuisible au créancier d'une modification affectant la personne du débiteur principal ou la sienne propre »<sup>194</sup>. Mais quand survient le décès du débiteur principal, son divorce avec lui, ou son départ de la société cautionnée, la caution s'estimant dans son bon droit n'hésite pas à faire valoir ses changements.

Si dans le cadre du décès du débiteur principal, la caution est allégée de son obligation de couverture qui concerne les dettes survenues après la mort de la personne cautionnée<sup>195</sup>, la libérant ainsi que partiellement<sup>196</sup> ; la jurisprudence, attachée à la sécurité juridique, va minimiser les mobiles liés aux relations de la caution avec le débiteur principal pour ne retenir que la cause objective de son engagement qui réside dans la volonté de garantir la dette principal<sup>197</sup>. Une position stricte prise à l'égard de la caution qu'elle affirme dans l'arrêt Lempereur en énonçant que « la cause de l'obligation de la caution est la considération du crédit accordé par le créancier au débiteur principal »<sup>198</sup>.

A partir de là, il devient particulièrement compliqué pour la caution cherchant à se décharger d'invoquer par exemple son divorce avec le débiteur<sup>199</sup> ou de mettre en avant la fin de ses fonctions dans l'entreprise cautionnée<sup>200</sup>, sauf si elle érige les fonctions occupées en condition essentielle de son engagement<sup>201</sup>. Néanmoins, s'agissant du divorce, le législateur avec la loi

---

<sup>194</sup>C. Mouly, M. Cabrillac, Droit des sûretés, 5<sup>ème</sup> éd. Litec, 1999.

<sup>195</sup>En revanche son obligation de règlement qui reprend toutes les dettes nées avant le décès du débiteur subsiste : C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, op.cit.

<sup>196</sup>Cass.com., 2 juin 2004, JCP G 2005.II.10004, obs. Rivol ; RD bancaire et bourse, juillet-août 2004, 159, note D. Legeais ; Cass.com. 1<sup>er</sup> avril 2003 ; RD. bancaire et fin. Juillet-août 2003, 137, note D. Legeais.

<sup>197</sup>Cass.com., 28 mai 2002 ; Bull. Joly 2002, p.1042, note G. Baranger.

<sup>198</sup>Cass.com., 8 novembre 1972 ; Bull.civ.IV, n°278 ; RTDcom.1973, 294, note R. Houin ; D.1973, 753, obs. Ph. Malaurie ; Rép. civ. Dalloz : Cautionnement, n°75, note P. Jestaz .

<sup>199</sup>Ex. Cass.com. ,19 janvier 1981 ; Bull.civ. IV, n°32 ; CA Paris 24 octobre 1995 ; RJDA, 2/96, n°252 ; Cass.com.28 février 1977 ; Gaz. Pal. 1977, 1, p.190 ; Cass.com.24 juin 1969 ; JCP.1970.II.16221, obs.Prieur. Sur les difficultés rencontrées par la caution en cas de divorce, voir : P. Simler, Cautionnement, J. Class. civ. fasc. 65, n°73 ; P. Rebibou, Le cautionnement consenti par une personne mariée, Thèse, Univ. De Nice, 1996 ; P. Ancel, « Effets d'un cautionnement donné par un époux après la dissolution de la communauté », RD. bancaire et bourse 1988, p.10 ; Ch. Mouly, « Le cautionnement donné par une personne mariée », Defrénois 1988, art.34163 ; J.M. Olivier, « La caution et sa famille », Les Petites Affiches, n° spéciale du 25 avril 1986, p.23.

<sup>200</sup>Ex. Cass.com. , 28 mai 2002, n°98-22.281 ; Pour d'autres exemples, on peut se référer au rapport de H. Le Dauphin, « Le point de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au cautionnement des dettes sociales par leurs dirigeants », Rapport de la Cour de cassation 1993, p.25 : Cass.com., 6 décembre 1988, Defrénois 1989, art. 34482, obs. Aynès ; Cass.com. 24 avril 1990 ; Bull.civ. IV, n°117 ; Gaz. Pal. 1990, 133.

<sup>201</sup>Ex. Cass.com. 24 avril 1990 ; Bull.IV, n°117 ; Cass.com. 3 novembre 1988 et 6 décembre 1988 ; JCP E.1989.I.18172.

du 2 août 2005 relative aux petites et moyennes entreprises est venu tempérer la rigueur jurisprudentielle à l'égard du conjoint caution qui divorce en prévoyant que « lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux solidairement ou séparément dans le cadre de la gestion d'une entreprise ; le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou à défaut la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise »<sup>202</sup>. Cette protection de « la caution divorcée » n'a pas fait l'unanimité de la doctrine qui comptera d'un côté ceux qui y voient un danger pour la sécurité juridique et par conséquent une atteinte à l'efficacité du cautionnement puisque la mesure donne aux juges l'opportunité de prononcer son extinction<sup>203</sup> ; de l'autre côté des auteurs qui sont plus dans la nuance en voyant dans cette disposition « une règle de contribution en époux »<sup>204</sup>. Dans cette analyse, le créancier n'a pas perdu son droit de poursuite à l'égard de la caution. Il s'agit davantage pour cette dernière qui a payé la dette de pouvoir réclamer à son conjoint les sommes avancées<sup>205</sup>. Au demeurant, cette approche est plus en adéquation avec les exigences du cautionnement<sup>206</sup>.

La réticence des juges à reconnaître la libération de la caution sur le fondement d'une cause subjective est tout à fait compréhensible. Mais pour rester dans le cas du dirigeant caution, peut-on « sérieusement affirmer que la banque a le droit d'ignorer que la caution s'engage en raison de ses fonctions alors que ce sont précisément celles-ci bien plus que la solvabilité du dirigeant social, qu'elle prend en considération ? »<sup>207</sup>, ce à quoi Monsieur Aynès ajoute « il serait absurde de nier que , dans l'esprit de la caution comme celui de la banque, la qualité de dirigeant et les pouvoirs qu'elle implique n'ont pas été essentiels »<sup>208</sup>. Certes, encore une fois, le débiteur est un tiers par rapport à la caution. Néanmoins, si l'on part du principe que l'établissement de crédit a exigé le cautionnement du dirigeant social en raison des liens qui l'unissent à la société débitrice, on peut raisonnablement penser que cette qualité est entrée

---

<sup>202</sup> Article 1387-1 du Code civil

<sup>203</sup> P. Crocq, « Les bons sentiments ne font pas les bons textes », D.2005.2025 ; S. Piedelièvre, « Le nouvel article 1387-1 C.civ. (ou l'utilisation d'un pavé par un ours) », D.Affaires 2005, p.2138 ; Réf. D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op.cit.

<sup>204</sup> P-F. Cuif, « Le nouvel article 1387-1 du Code civil : sens et devenir d'un texte contesté », RLDC décembre 2005, p.23.

<sup>205</sup> P.F. Cuif, op. préc. , D. Legeais, préc.

<sup>206</sup> D. Legeais, préc.

<sup>207</sup> Aynès, obs. sous Cass.com. 3 novembre et 6 décembre 1988 ; D.1989, p.185.

<sup>208</sup> Aynès, préc.

dans le champ contractuel<sup>209</sup>. Et dès lors que cette qualité n'est plus, l'obligation de la caution doit en principe disparaître<sup>210</sup>. Aussi, face aux difficultés rencontrées par la caution, l'appréhension du cautionnement par la notion du groupe peut être un remède intéressant en donnant à la cause subjective toute sa place et avoir ainsi une certaine incidence sur le caractère obligatoire du contrat de cautionnement<sup>211</sup>. Il s'agit de s'éloigner de l'analyse de l'indépendance du contrat de cautionnement pour mettre en lumière la complexité de la sûreté personnelle afin d'en faire profiter la caution en reconnaissant « l'unité économique de la fonction du contrat de cautionnement »<sup>212</sup>.

L'influence du rapport débiteur-caution sur la protection de cette dernière n'est donc pas anodine. Elle nous amène à la question de savoir si la caution peut soulever la nullité relative du contrat principal pour vice du consentement du débiteur principal ? Pour certains, la réponse est évidente. En effet, « en sanctionnant par une nullité le dol, l'erreur ou la violence, le droit a entendu protéger le contractant dont le consentement a été vicié. Le vice du consentement affecte ce que chacun a de plus personnel, sa liberté de décision. Partant, on voit mal comment la caution appellerait le jeu d'une protection dès lors que ce n'est pas sa liberté qui a été viciée mais celle du débiteur »<sup>213</sup>. Cette position qui s'appuie sur une application stricte de l'article 1116 du Code civil<sup>214</sup> trouve matière dans la jurisprudence qui s'attèle à ne prendre en considération que le contrat de cautionnement pour débouter la caution en précisant la qualité de tiers du débiteur audit contrat<sup>215</sup>. A travers l'autonomie du contrat de cautionnement, la sécurité juridique au profit du créancier devient une priorité pour les juges<sup>216</sup>. Malheureusement, il est regrettable que cette solution jurisprudentielle ne tienne pas compte « ni des caractères reconnus du contrat du cautionnement, ni du statut de chaque partie au sein de ce contrat. Ce qui veut dire que les dispositions de droit commun ne s'adaptent pas, à certains égards, à ce type de contrat lequel s'identifie, dans une large mesure,

<sup>209</sup>C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, op.cit.

<sup>210</sup>« La cause de l'engagement de la caution ayant disparu, celui-ci devient caduc » : C. Mouly, préc.

<sup>211</sup>J. Ngafaounain, Les Mécanismes de protection de la caution, op. cit. .

<sup>212</sup>V. Ripert, et Boulanger, Traité de droit civil, T.II, n°186, p.78.

<sup>213</sup>Ph.Simler, cité dans le Rapport de Mme Pinot, Arrêt n°254, 31 janvier 2012 : [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence2/chambres\\_mixtes\\_2740/pinot](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence2/chambres_mixtes_2740/pinot).

<sup>214</sup>« Les manœuvres pratiquées par l'une des parties exclut de son domaine les agissements des tiers ».

<sup>215</sup>Ex. Cass.com., 13 novembre 2002, n°95-18.994 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1989, n°87-15450 : « (...) même dans un contrat unilatéral tel que le cautionnement, le dol ne peut entraîner la nullité de la convention que s'il émane de son cocontractant » ; Cass.com. 26 janvier 1988, n°85-17.662 : « Bien qu'il soit accessoire à l'obligation du débiteur envers le créancier, le cautionnement est une convention conclue entre la caution et le créancier, à laquelle le débiteur n'est pas partie ».

<sup>216</sup>D. Legeais, op.cit.

au groupe de contrats »<sup>217</sup>.

Toutefois, Dans un arrêt en date du 11 mai 2005<sup>218</sup>, la 3<sup>ème</sup> Chambre civile reconnaît à la caution le droit de se prévaloir « du dol dont a été victime le débiteur principal, combien même ce dernier ne l'avait pas soulevé ». Cette évolution fondée sur l'équité, et qui admet implicitement l'influence du groupe de contrats dans le cautionnement, permet de mieux protéger la caution en comblant les lacunes de la logique du droit commun au contrat de cautionnement.

### Conclusion chapitre 1

Malgré les bouleversements qu'a connu le cautionnement, celui-ci ne s'est pas bilatéralisé. Il reste bien un contrat unilatéral. Mais les différentes obligations légales et prétoriennes qui sont apparues au fil du temps pour protéger la caution l'ont profondément affecté, au point où il va cumuler de nombreux handicaps. Cette dimension non négligeable appelle désormais à une lecture différente de cette sûreté personnelle.

En ce sens, l'influence exercée par le groupe de contrats sur les rapports contractuels n'est pas à prendre à la légère. De cette combinaison de contrats spécifiques, par nature isolés et indépendants, va naître un ensemble de contrats indivisibles<sup>219</sup>. Cette invisibilité, « notion qui vient cimenter le contenu d'un tout », va associer le sort du contrat de cautionnement au contrat principal<sup>220</sup>. Cette liaison d'accessoire va se révéler être une véritable protection de la caution en lui permettant de soulever dans ses relations directes avec le créancier les exceptions tirées d'un rapport d'obligation qui lui est pourtant étranger<sup>221</sup>. En vertu de ce rapport hiérarchique<sup>222</sup>, nous mesurerons cette dimension au niveau de la formation du cautionnement, mais également au stade de son exécution où elle sera tout aussi importante.

---

<sup>217</sup>Obs. Jourdain, sous Cass.civ. 21 juin 1988 ; JCP G .1988.II.15236.

<sup>218</sup>Cass.civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005, n°03-17682.

<sup>219</sup>B. Teyssié, Les groupes de contrats, préc.

<sup>220</sup>D.Grimaud, Le caractère accessoire du cautionnement, préf. D. Legeais, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

<sup>221</sup>D.Grimaud, Le caractère accessoire du cautionnement, préc.

<sup>222</sup>Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op.cit.

Aussi, le respect de la réalité complexe du cautionnement et par le même coup l'efficacité de la protection de la caution passent nécessairement par une approche globale de ce contrat. Dans la mesure où on ne peut les traiter séparément, le principe de l'interdépendance entre la sûreté et la créance garantie par la caution permet ainsi de tenir compte de la dynamique du groupe<sup>223</sup>, et dans lequel le rapport caution-débiteur ne doit pas être négligée<sup>224</sup>. Cette approche doit nécessairement déboucher sur un renouvellement de la conception du cautionnement<sup>225</sup> qui offrirait une meilleure protection à la caution, notamment en comblant les insuffisances des théories du dol, de l'erreur, de la cause par exemple. Le groupe de contrats est ici, pour employer la terminologie de Monsieur Teyssié, « facteur d'uniformisation des rapports contractuels »<sup>226</sup>.

## **CHAPITRE 2 : L'INSUFFISANCE DES MOYENS TRADITIONNELS DE PROTECTION**

Le contrat de cautionnement est soumis, au même titre que les autres contrats, au respect de différentes conditions de fond qui s'imposent lors de sa conclusion. Certaines sont directement liées au consentement éclairé de la caution, qui doit s'engager en toute connaissance de cause. A ce titre les vices du consentement traditionnels sont susceptibles d'être invoqués par la caution, tels que l'erreur, le dol ou la violence. Mais la jurisprudence demeure très prudente pour ne pas accepter trop librement la mise en œuvre de ces différentes notions qui affecteraient directement l'efficacité du cautionnement (Section 1).

Cependant, cette approche de droit commun n'est qu'un moyen, parmi d'autres, de protéger le consentement contractuel de la caution. Par des biais détournés, d'autres règles juridiques parviennent à un résultat similaire. Ainsi en est-il notamment des règles relatives à la cause et à l'objet du cautionnement (Section 2).

---

<sup>223</sup> J. Ngafaounain, Les Mécanismes de protection de la caution, op. cit. .

<sup>224</sup> M. Remond-Gouilloud, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le cautionnement », op.cit.

<sup>225</sup> J. Ngafaounain, Les Mécanismes de protection de la caution, op. cit.

<sup>226</sup> B. Teyssié, Les groupes de contrats, préc

## **SECTION 1 : LES VICES AFFECTANT LA VOLONTÉ DE LA CAUTION**

La naissance du contrat de cautionnement est le produit de la rencontre des volontés en amont et l'échange des consentements en aval<sup>227</sup>, ce qui signifie que « pour consentir il faut initialement vouloir »<sup>228</sup>. Dès lors, compte tenu du « lien de filiation » qui existe entre la volonté et le consentement<sup>229</sup>, si l'on veut améliorer efficacement le consentement de la caution, il faut donc intervenir sur sa volonté qui est le moteur du contrat. En ayant le choix et donc le pouvoir d'accepter ou non, la personne qui cautionne autrui a la possibilité de s'approprier le futur<sup>230</sup>. Pour ce faire, la volonté se doit d'être libre et éclairée. Cette exigence on la retrouve à travers l'article 2292 du Code civil qui prévoit que le consentement doit être exprès, c'est à dire exprimé et non tacite ; mais également sous l'article 1109 du Code civil selon lequel, « il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par le dol ».

Or, ayant consenti au cautionnement avec la conviction qu'elles ne seraient jamais poursuivies par le créancier, nombre de cautions tentent d'échapper au paiement en soutenant que leur consentement a été vicié. Très largement invoquée par les cautions, la théorie des vices du consentement semble même se présenter comme un des meilleurs moyens de protection<sup>231</sup>. « Le droit du cautionnement apparaît même comme l'un des domaines d'application privilégiés de la théorie. C'est même souvent le cautionnement qui est à l'origine des principales évolutions concernant l'erreur ou le dol »<sup>232</sup>.

Les vices du consentement ne sont que « le résultat de défauts » dans les phases préparatoires de la volonté que sont la conception et la délibération, étapes fondamentales dans le processus volontaire. Leurs conséquences sur l'existence même de la volonté de la caution sont fondamentales. L'étude de ces vices permettra de saisir les différentes nuances de la volonté.

---

<sup>227</sup>M-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement, RTDciv. 1995, p.573.

<sup>228</sup>J.Ghestin, Introduction à l'échange des consentements, RJcom, n°spécial, 1995, p.14 ; M-A. Frison-Roche, Rapport de synthèse sur l'échange des consentements, RJcom, préc. p.151.

<sup>229</sup>« Le consentement est le fils de la volonté » : M-A. Frison-Roche, op. préc.

<sup>230</sup>H. Lecuyer, Le contrat, acte de prévision, in Mélanges Terré, 1999, p.643.

<sup>231</sup>D.Legeais, Sûretés et garanties du crédit, op.cit..

<sup>232</sup>D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, op.cit..



Mais, sans doute soucieuse de préserver l'efficacité du cautionnement, la jurisprudence accueille difficilement ce moyen de défense avancé par la caution. Le propos se vérifie à l'examen de ces trois vices affectant la volonté de la caution que constituent l'erreur (§1), le dol (§2) et la violence (§3).

### **§1) LA VOLONTE DE LA CAUTION ALTEREE PAR L'ERREUR**

Lors de la conclusion du contrat, il est tout à fait concevable qu'une erreur s'y soit glissée. Le problème est alors de savoir si la volonté du contractant intéressé a été ou non altérée, si son consentement a été donné de façon claire, lucide. A l'instar de ce qui vaut en droit commun des contrats, l'erreur, en tant que vice du consentement, peut-être invoquée par la caution. Cette dernière, pour échapper à son obligation, tentera de démontrer qu'elle s'est fausement représentée la réalité, qu'elle s'est faite une représentation inexacte d'un élément qui a déterminé son consentement au consentement<sup>233</sup>. L'erreur est donc une donnée psychologique qui impose une analyse spécifique de la volonté interne de la caution<sup>234</sup>. De fait, si l'on prend en compte la première phase du mécanisme volontaire que nous avons évoqué au début, plus la conception fait défaut, plus la décision de la caution en sera faussée. Selon Monsieur Malebranche, « l'erreur n'est qu'un consentement précipité de la volonté, qui se laisse éblouir à quelque fausse lueur et qui, au lieu de conserver sa liberté autant qu'elle le peut, se repose avec négligence sur l'apparence de la vérité »<sup>235</sup>. Les méprises soulevées par les cautions ne manquent pas, et font même craindre qu'elles ne deviennent des prétextes faciles pour ces garants à nuire à la parole donnée en remettant en cause une affaire qui ne l'est guère favorable.

Aussi, s'il ne faut en aucun cas négliger les cautionnements dans lesquels les cautions ont manqué de clairvoyance, il convient en revanche de ne pas faciliter, encourager les volte-face venant de cautions peu scrupuleuses. C'est pourquoi, l'erreur ne peut être invoquée que dans des conditions et hypothèses spécifiques. En conséquence, la sécurité des transactions étant primordiale, toutes les erreurs ne peuvent entraîner la nullité du contrat de cautionnement.

---

<sup>233</sup> D. Legeais, op.cit.

<sup>234</sup> M-A. Frison-Roche, Rapport de synthèse sur l'échange des consentements, RJcom, préc. p.151.

<sup>235</sup> Malebranche, « Liberté et raison, la liberté cartésienne et sa réfaction chez Spinoza et chez Leibniz », Toulouse 1970.

L'erreur va dès lors prendre diverses formes. Bien souvent, dans la pratique, pour faire valoir que leur volonté a été altérée, les cautions vont soulever soit l'erreur sur la nature de leur engagement (A), soit celle se rapportant à la solvabilité du débiteur principal (B).

### **A) L'ERREUR TOUCHANT A LA NATURE DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT**

L'heure du paiement ayant sonné pour la caution, celle-ci va tenter sa chance en alléguant qu'elle avait apposé sa signature sur un acte en pensant adhérer à une simple « garantie morale »<sup>236</sup>, croyant que son accord n'était qu'une simple formalité permettant au débiteur principal de parvenir à ses fins ; et qu'en conséquence, elle n'avait pas réellement pris conscience de l'ampleur de son engagement. Cette argumentation est rarement admise par les juges qui opèrent une distinction entre l'erreur portant sur les risques ou les conséquences de l'opération réalisée et, celle relative à la substance de ladite opération.

Bien évidemment, si la caution se contente d'avancer qu'elle avait fait une mauvaise appréciation des conséquences de sa souscription au contrat, elle aura du mal à convaincre. En effet, en principe « la seule appréciation erronée par la caution des risques que lui faisait courir son engagement ne constitue pas une erreur sur la substance de nature à vicier son consentement »<sup>237</sup>.

En revanche, si elle exploite la défense selon laquelle elle n'avait pas pris conscience de la nature exacte du contrat, son action sera sans doute plus porteuse. Ce fondement repose sur une erreur qui renvoie à ce que l'on appelle une erreur-obstacle, proche de l'absence de consentement. En d'autres termes, la personne qui s'est engagée n'a jamais souhaité se porter caution. Elle exprime une méprise, « l'accord des parties ne s'est pas opéré parce que les parties n'ont pas, en réalité voulu la même chose »<sup>238</sup>. L'erreur-obstacle apparaît d'une gravité telle qu'elle fait justement obstacle à la rencontre des volontés<sup>239</sup>. Elle doit en principe conduire la nullité du contrat, encore faut-il qu'elle soit établie. Ce qui ne va pas sans mal

---

<sup>236</sup>D. Gareze, « Les vices du consentement de la caution », Gaz. Pal., mai-juin 2001, p.1044.

<sup>237</sup>Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 novembre 1990, Bull. civ. I., n°242.

<sup>238</sup>Terre, Simler et Lequelle, op. cit., n°210.

<sup>239</sup>M-A. Frison- Roche, Rapport de synthèse sur l'échange des consentements, op. cit.

puisque chacun étant censé normalement comprendre ce qu'est un cautionnement et l'engagement qu'il implique.

C'est pourquoi, même si cet argument correspond vraisemblablement à la réalité, les juges écartent bien souvent cette erreur sur la substance d'une personne qui ignore ce qu'est un cautionnement. Doutant de la crédibilité d'une telle erreur, la Cour d'appel de Paris, dans une formule éloquente, avait d'ailleurs fait remarquer que « la simplicité du jeu du cautionnement étant à la portée de toute intelligence moyenne et la notion de caution se trouvant dans la pratique de nombreuses sociétés humaines, fussent-elles éloignées de la nôtre dans le temps et dans l'espace, la caution est mal fondée à vouloir exciper de son ignorance »<sup>240</sup>. Même si elle est dangereuse, l'opération de cautionnement est devenue une opération courante entrée dans les mœurs. C'est pourquoi, la jurisprudence n'admet qu'à titre exceptionnel l'erreur commise par une personne qui martèle son ignorance sur ce qu'est véritablement un engagement de caution.

L'indulgence des tribunaux s'exprime surtout à l'égard des cautions profanes. La Cour de cassation a pu ainsi retenir ce fondement, dès lors que « la méprise invoquée avait porté non sur les conséquences, mais sur la substance même de l'engagement »<sup>241</sup>. En l'espèce, des agriculteurs « positivement illettrés »<sup>242</sup> avaient contracté en tant que cautions, mais en étant convaincus qu'il ne s'agissait que d'un « engagement moral », persuadés que leur geste n'engagera nullement leur patrimoine. L'erreur observée avait été « le motif principal et déterminant » de l'engagement en qualité de cautions des personnes concernées. Saisissant le contexte particulier de l'affaire, les juges libèrent les cautions en faisant une appréciation in concreto de l'espèce. La nullité du cautionnement fut également prononcée au profit par exemple d'une caution personne âgée et considérée comme ignorante<sup>243</sup>, ou dans le cas où le cautionnement a été mal rédigé par le créancier, véritable source d'erreur pour la caution<sup>244</sup> ;

---

<sup>240</sup>CA Paris, 9 avril 1992, Juris-data, n°1992-021195, obs. M. Simler et Ph. Delebecque ; JCP. G. 1992, I. 3623, Chron. Droit des sûretés, p.488 ; JCP.E. 1992. I, p.189, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque et JCP.G. 1994. I. 3765, n°2, obs. Ph. Simler.

<sup>241</sup>Cass.com. 11 février 2014, n°12-26356 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1964, D. 1964, p.626.

<sup>242</sup>Selon la formule de l'arrêt du 25 mai 1964 .

<sup>243</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 1979 ; JCP.G.1980 .II. 19318 ; JCP.N.1981.II.75, obs. Ph. Simler.

<sup>244</sup>CA Grenoble, 24 janvier 2000, RG. n°97/ 05058 : « Eu égard à son âge au moment de la souscription du contrat de cautionnement, il est certain que le prétendu garant s'est mépris, non sur les conséquences mais sur la substance même de son engagement dont il peut dès lors demander la nullité ».

il en est de même si le créancier a laissé penser à la caution que « sa signature n'était qu'une simple formalité sans conséquence pour elle »<sup>245</sup>.

De fait, une telle erreur n'est admise que dans des circonstances exceptionnelles qu'apprécient sévèrement les juges qui demeurent, malgré les exemples rapportés, réticents à admettre trop facilement la libération de la caution.

Mais d'autres prétentions à l'erreur sont concevables. La caution peut en outre invoquer une erreur portant sur la solvabilité du débiteur principal. Une telle démarche sera-t-elle plus fructueuse ? N'oublions pas que ce risque d'insolvabilité est précisément de l'essence même du cautionnement<sup>246</sup>. Alors comment est-elle appréhendée pour répondre favorablement aux attentes de la caution soucieuse de se dégager ? (B).

## **B) L'ERREUR RELATIVE AUX QUALITES SUBSTANTIELLES**

Différente de l'erreur sur la nature du contrat de cautionnement souscrit, l'erreur se rapporte ici à la situation financière du débiteur principal. Il faut rappeler que cette erreur sur la solvabilité du débiteur est étrangère au contrat de cautionnement conclu entre le créancier et la caution. En ce sens, elle ne devrait pas pouvoir être soulevée par la caution à l'encontre du créancier ; d'autant que ce dernier peut lui-même en être victime. Aussi, les cautions trouveront-elles un terrain propice à leurs allégations ? Tout dépendra si la jurisprudence fait une interprétation extensive de cette erreur.

Toujours utile que l'erreur doit tout d'abord porter sur la solvabilité présente du débiteur, c'est-à-dire à la date de la signature du contrat et non ultérieurement. Dès lors, il est totalement indifférent que la fortune du débiteur principal change après la conclusion du cautionnement. Cette solution tient du bon sens. L'objet de la convention n'est-il pas de garantir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur principal ? Dans ce contexte, il serait alors pour le moins paradoxal que cette insolvabilité soit une cause de nullité du

---

<sup>245</sup>CA Nancy, 4 novembre 1996, Juris-data n°1996-056169 ; voir aussi CA Orléans, 3 septembre 1996, JurisData n°1996-055637 : « le cautionnement, souscrit par un étranger ne maîtrisant pas le français et inapte à comprendre les termes de l'engagement, est nul ».

<sup>246</sup>D. Legeais, op. préc.

cautionnement<sup>247</sup>. Aussi, « l'erreur sur la solvabilité future ne peut être utilement invoquée, parce qu'elle est inexcusable et frise l'absurde »<sup>248</sup>. Admettre une telle hypothèse priverait incontestablement le contrat de cautionnement de son utilité.

Si on peut raisonnablement penser que la circonstance de la solvabilité de la personne cautionnée puisse être un élément essentiel, déterminant du consentement de la caution ; elle ne peut toutefois en aucune façon être soulevée comme la finalité qui l'a poussé à s'engager<sup>249</sup>. « On peut s'engager à garantir parce qu'on croit le débiteur solvable. On ne s'engage pas à garantir pour que le débiteur principal soit solvable »<sup>250</sup>. Ainsi, par exemple, l'erreur de la caution sur « le développement éventuel d'un fonds de commerce qu'elle permet par son engagement, n'est nullement prise en considération dans la mesure où elle ne porte pas sur la substance de son engagement »<sup>251</sup>.

Pour toutes ces raisons et au nom de la sécurité juridique, seule l'erreur portant sur la solvabilité présente du débiteur qui apparaît plus pertinente doit être prise en compte.

Toutefois, le succès de cette argumentation dépend d'une condition. En effet, victime d'une erreur sur la solvabilité présente de la personne qu'elle cautionne, la caution doit démontrer qu'elle avait fait de cette solvabilité « une condition expresse de son engagement »<sup>252</sup>. Malheureuse force est de constater que la condition posée sera en pratique difficilement, pour ne pas dire rarement remplie et la démonstration peu faisable. Elle suppose en effet qu'une clause fasse de la solvabilité du débiteur principal une condition de l'engagement de la caution. Or, une telle exigence est assurément en pratique peu envisageable. D'une part parce que rares sont les créanciers qui accepteraient ce type de modalité. Et d'autre part, il est fort probable que l'insertion d'une telle clause soit contreproductive et même risquée, puisqu'elle alerterait finalement le créancier sur l'état financier de son débiteur et susciterait de fait sa méfiance à accorder le crédit espéré, compromettant ainsi les projets dudit débiteur. Et comme

---

<sup>247</sup>D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties*, op.cit.

<sup>248</sup>Préc.

<sup>249</sup>Ph. Simler, *Fasc. 20, Cautionnement*, n°23, J. Cl. 1990, art. 2011 à 2020.

<sup>250</sup>Jacob, op. cit.

<sup>251</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 1990, Bull. civ. I. n°242 ; D. 1991, Somm. p. 385, obs. Aynès ; RTDciv. 1991, p.149, obs. M. Bandrac.

<sup>252</sup>Cass. civ. 25 octobre 1977, Bull. civ. I. n°388 ; Cass. com. 2 mars 1982, Bull. civ. IV. n°79 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 19 mars 1985 ; JCP. G. 1986. II. 20659, note P. Bouteiller ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 1986 ; D. 1987. Somm. p. 446, obs. Aynès ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 décembre 1990, Bull. civ. I, n°286 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 1995 ; JCP. G. 1996. II. 22736, note F-X. Lucas.

bien souvent la caution est un proche du débiteur , ce n'est évidemment pas ce qu'elle souhaite.

C'est pourquoi, la Cour de cassation est venue tempérer cette rigueur en retenant que la solvabilité du débiteur principal pourrait n'être qu' « une condition seulement tacite de l'engagement »<sup>253</sup> , offrant ainsi une meilleure protection aux cautions de bonne foi. En la matière, les juges disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si dans chaque cas particulier, la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principal une exigence tacite de sa garantie. En pratique, il sera a priori facile de démontrer que « la caution avait de manière implicite, sous-entendu, considérer cet élément comme préalable à son engagement au cautionnement »<sup>254</sup>. Il serait étonnant de trouver une caution qui accepte de s'engager, de se mettre en danger pour un débiteur qu'elle sait insolvable.

Mais cette erreur suppose qu'elle soit inexcusable. Ce qui ne sera pas le cas si la caution prétend être victime alors qu'elle connaissait parfaitement la situation financière du débiteur principal pour en être l'associé ou le dirigeant de la société<sup>255</sup>. L'obtention de l'annulation du contrat du cautionnement dans une telle hypothèse est donc peu probable.

La nullité pour erreur peut être envisageable dans d'autres hypothèses. Là encore, à titre exceptionnel, peut être invoquée l'erreur portant sur la personne même du débiteur principal. Une telle possibilité est à première vue surprenante. En effet, l'article 1110 al. 2 C. civ. dont est tirée l'application d'un tel recours, suppose que l'erreur porte sur les qualités essentielles du contractant. Or, nous savons que le débiteur principal n'est pas le contractant de la caution. Pourtant, il a été jugé que cette erreur pouvait être retenue dès lors qu'elle a été « commune aux parties lors de la conclusion du contrat de cautionnement portant sur une qualité substantielle du débiteur principal, à savoir son interdiction d'exercer une activité

---

<sup>253</sup>Cass. com. 1<sup>ère</sup> octobre 2002, Bull. civ. IV. n°131 ; D. 2003. 1617, note Y. Picod; JCP.G. 2003. II. 10072, note Buy; JCP.E. 2003.853, n°3, obs. Ph. Simler; Defrénois 2003, p.417, obs. Ph. Théry ; RTD.civ. 2003, p.323, obs. p. Crocq ; RD banc. et fin. 2003, n°13, obs. Legeais : en l'espèce la Cour de cassation est allée dans le sens de la caution en prononçant l'annulation du contrat de cautionnement. En effet, la caution, lors de la conclusion du contrat de cautionnement avait cru en la solvabilité du débiteur principal. Or 4 mois seulement après l'engagement souscrit par la caution, le débiteur principal a été placé en redressement judiciaire. La croyance de la caution sur la solvabilité du débiteur avait ainsi constitué une condition tacite de cet engagement. En outre, la Haute juridiction précise à cet égard que « la banque était en relation d'affaires avec cette société depuis 1984 et donc ne pouvait ignorer les difficultés de la société ».

<sup>254</sup>D. Legeais, Droit des suretés et les garanties de crédit, op.cit.

<sup>255</sup>Cass.com. 19 avril 2005, n°03-12-879.

commerciale »<sup>256</sup>. Une telle erreur n'est donc possible que dès lors que les qualités essentielles du débiteur sont entrées dans le champ contractuel du cautionnement. On peut déduire de cette affirmation que les qualités essentielles peuvent aisément être celles d'un tiers au contrat<sup>257</sup>.

La nullité pour erreur sera admise plus largement dans des hypothèses où la caution s'est engagée en croyant à tort en l'existence de garanties complémentaires fournies au créancier, lorsque ces mêmes garanties se révèlent inexistantes au moment où la caution est appelée<sup>258</sup>. Par exemple une hypothèque, qui n'existait pas ou qui n'avait pas été inscrite en rang utile<sup>259</sup>. Les juges ont admis que la caution puisse invoquer cette erreur dès lors qu'elle est apparue « déterminante lors de l'engagement »<sup>260</sup>. Cette solution se justifie au regard de l'importance de ces sûretés pour la caution. En effet, si elle est amenée à payer aux lieux et place du débiteur, la caution sera subrogée dans les droits du créancier, et disposera donc des autres sûretés dont bénéficiait ce dernier. Mais nous aurons l'occasion de vérifier l'ampleur de cette protection ultérieurement<sup>261</sup>.

Ainsi, au regard de ce qui précède, la décharge de la caution sur l'erreur est extrêmement difficile à obtenir. En effet, comme l'erreur ne peut s'entendre que du motif principal et déterminant, cette exigence rend de fait rare ses applications pratiques. La jurisprudence reste donc vigilante pour ne pas accepter trop librement cette remise en cause des contrats de cautionnement sur le fondement de l'erreur, pour ne pas risquer d'annuler et de fragiliser tous les contrats conclus<sup>262</sup>. Aussi, elle n'admettra cet argument que de manière restrictive, dans des hypothèses spécifiques comme ce fut le cas dans un arrêt récent de la Cour de cassation du 19 mai 2015<sup>263</sup> qui prononcera l'annulation du contrat de cautionnement pour erreur sur la solvabilité du débiteur en opérant une interprétation extracontractuelle de l'erreur. Malgré certaines exceptions, la protection de la volonté de la caution sur l'erreur reste limitée. La

---

<sup>256</sup> Cass. com. 19 novembre 2003, Bull. civ. IV. n°172, p.189 ; RTDciv. 2004, n°3, p.86, obs. J. Mestre et B. Fages ; RD banc. et fin. 2004, comm. n°63, obs. D. Legeais.

<sup>257</sup> Ph. Théry, préc.

<sup>258</sup> Ex. Cass.civ., 2<sup>ème</sup>, 24 septembre 2015, n°14-19756.

<sup>259</sup> Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 1 juillet 1997 ; JCP. E. 1998, n° 5, p.170, obs. Ph. Simler ; D. 1999, p. 181, note V. Brémont ; RTDciv. 1997. 970, obs. M. Bandrac ; Defrénois 1997. 1425, note L. Aynès ; Cass. com. 10 avril 2008, RD bancaire et fin. 2008, n°68, obs. D. Legeais.

<sup>260</sup> Cass. Com. 18 mars 2014, n°13-11733 : « L'erreur commise par la caution sur l'étendue des garanties fournies à la banque ne constitue une cause de nullité de l'acte que dans la mesure où elle a constitué une condition déterminante du consentement ».

<sup>261</sup> 2<sup>ème</sup> partie, Chapitre 1, Section 2.

<sup>262</sup> CA de Nîmes, 19 mars 2015, n°13/00401 ; Cass.com.22 septembre 2015, n°14-15645 ; pour D'autres exemples de refus : <http://WWW.legifrance.gouv.fr>

<sup>263</sup> Cass.com. 19 mai 2015, n°14-108600.

caution peut dès lors exploiter une autre piste en démontrant notamment que sa volonté a été affectée par un dol (§2).

## **§2) LA CAUTION VICTIME D'UN DOL**

D'une manière générale, le contexte du cautionnement est particulièrement propice à l'argument du dol que les cautions n'hésitent d'ailleurs pas à invoquer en reprochant au créancier son manque de loyauté lors de la conclusion du contrat. Le dol est devenu même l'un des moyens de défense préférés des cautions<sup>264</sup>. Un « argument dont les cautions ont pu s'emparer avec un succès croissant »<sup>265</sup>. Et pour cause, la conception de plus en plus extensive du dol consacrée par la jurisprudence récente et la rigueur à l'égard des créanciers ne peuvent être que favorables aux cautions (A).

Toutefois, les exigences relevant du droit commun du dol liées en particulier à l'auteur du dol, tendent à limiter sa mise en œuvre en matière de cautionnement (B).

### **A) L'ASSOUPLISSEMENT DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU DOL EN FAVEUR DE LA CAUTION**

Les difficultés liées à l'expression de la volonté de la caution soulèvent parfois la question épineuse du dol. En effet, l'article 1116 du Code civil dispose que « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté ». Le dol suppose donc une volonté trompée. La caution peut se dire victime de telles manœuvres qui perturbent par là même son processus volontaire<sup>266</sup>.

Quel est alors l'intérêt d'obtenir l'annulation du contrat de cautionnement pour erreur provoquée, puisqu'il peut être déjà sanctionné au titre d'une erreur spontanée ? Nous l'avons

---

<sup>264</sup>P. Chauvel, Cautionnement et réticence du banquier, Mélanges J. Stoufflet, LGDJ, 2001, p.33.

<sup>265</sup>F. Jacob, Le Constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie, LGDJ, 1998.

<sup>266</sup>D. Garez, « Les vices du consentement de la caution », op.cit.



vu dans le paragraphe précédent que les choses ne sont pas aussi simples et que les cautions peuvent voir se dresser devant elles certains obstacles. En réalité, le dol se distingue essentiellement de l'erreur par son caractère fautif<sup>267</sup>, ce qui entraîne plusieurs conséquences.

Tout d'abord, le domaine du dol est plus large que celui de l'erreur. Le dol pourra être admis dans des cas où l'erreur ne le serait pas, par exemple dans le cadre d'erreur sur les motifs ou d'une erreur inexcusable. En outre, le dol est plus facile à prouver car une conduite est nécessairement plus extériorisée qu'une simple erreur, purement psychologique<sup>268</sup>.

Et enfin, les sanctions du dol seront plus graves que dans l'hypothèse d'une erreur spontanée. Outre l'annulation du contrat, une indemnité pourra être accordée au titre de la responsabilité délictuelle pour faute sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Ces éléments peuvent donc justifier l'intérêt que les cautions portent au dol. D'autant que depuis quelques années, la jurisprudence est allée plus loin et a consacré une conception extensive du dol en l'assimilant à trois types de comportements : les manœuvres stricto sensu, le mensonge, et la réticence dolosive qui vont avoir une réelle influence sur la volonté du contractant victime<sup>269</sup>. Elle va en outre assouplir certaines conditions de mise en œuvre de ce vice. .

La réticence est aujourd'hui incontestablement la forme la plus courante du dol dans le cautionnement retenue par les tribunaux lorsque le créancier a intentionnellement manqué à son obligation précontractuelle d'information<sup>270</sup>. En l'espèce, le créancier omet de révéler à la caution une information pertinente, essentielle, qu'il sait pourtant décisive pour sa prise de décision. Il manque alors à la caution des données capitales qui lui auraient permis d'être éclairée sur la situation et d'exprimer ainsi sa volonté avec opportunité<sup>271</sup>. Portées à sa connaissance, ces informations l'auraient peut-être conduit à ne pas contracter<sup>272</sup>. On a parlé à ce propos de dol négatif<sup>273</sup>.

Certes, « ne rien dire n'est pas mentir », mais le mensonge par omission peut être parfois plus grave avec des conséquences dramatiques. En outre, la règle traditionnelle selon laquelle la

---

<sup>267</sup>D. Legeais, La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie, LPA 1997, n°28, p.4.

<sup>268</sup>D. Garez, « Les vices du consentement de la caution », préc.

<sup>269</sup>D. Garez, « Les vices du consentement de la caution », préc.

<sup>270</sup>C. Vuillemin Gonzales, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », D.2001, p.3383 ; D. Legeais, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », LPA 1997, n°28, p.4.

<sup>271</sup>P. Chauvel, « Cautionnement et réticence du banquier », Mélanges J. Stoufflet, LGDJ, 2001, p.33.

<sup>272</sup>Cass. civ. 15 janv. 1971. Bull. civ. III. n°38.

<sup>273</sup>J. Carbonnier, « La réticence est le silence délibérément gardé sur une circonstance que l'autre contractant aurait tout intérêt à connaître », Droit civil, Les obligations, Tome 4, PUF, 1996, n°51, p. 108.

caution a l'obligation de se renseigner n'est plus appliquée avec la même rigueur. La loyauté doit désormais faire partie des affaires. C'est ce que la jurisprudence tente de mettre en avant en sanctionnant le créancier fautif lorsque ce dernier a par exemple volontairement gardé le silence sur la situation irrémédiablement compromise ou lourdement obérée du débiteur principal<sup>274</sup>.

L'omission d'information imputée au créancier n'est pas en elle-même constitutive de réticence dolosive. Il faut en outre démontrer que le créancier entendait, par ce défaut d'information, tromper la caution<sup>275</sup>. La Cour de cassation relie aujourd'hui cette réticence à un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi<sup>276</sup>. Aussi, s'il s'avère que la situation du débiteur principal était déjà gravement compromise au moment de la formation du cautionnement, et que le créancier n'en a rien dit, la caution pourra être libérée. Cela revient à faire peser sur le créancier « un devoir d'information spontanée », une obligation de renseignement<sup>277</sup>. Bien plus, c'est une obligation de mise en garde qui incombe au créancier en cas de situation « lourdement obérée du débiteur ». Le défaut de mise en garde dans de telles circonstances constitue un dol par réticence<sup>278</sup>.

Lorsque les juges sanctionnent la réticence, ils sanctionnent ainsi un comportement déloyal. Les cautions vont largement profiter de cette exigence de loyauté. C'est le cas lorsque par exemple la banque s'est abstenue d'informer la caution d'un incident de paiement<sup>279</sup>, ou lorsqu'il n'est pas indiqué de « façon claire et précise à la caution que le crédit garanti servira immédiatement à combler le solde débiteur »<sup>280</sup>. La jurisprudence fait preuve de sévérité à

---

<sup>274</sup>Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 février 2008, RD. banc. fin. 2008, n°38, obs. D. Legeais ; Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2003, Bull. civ. I. n°114 ; JCP G 2003. II. 10144, note R. Desgorges ; D. 2003, p. 2309, obs. Avena-Robardet ; RD. bancaire, 2003, p. 286, obs. D. Legeais ; D. 2004, p.262, note Mazuyer ; Bull. Joly. 2003, p.909, note Scholer ; LPA 24 novembre 2003, p.3, note Houtcieff ; RTD. civ. 2003, p.700, note Mestre et Fages ; Defrénois, 2003, p.1568, obs. Libchaber ; Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 18 février 1997, Bull. civ. II, n°61 ; JCP. E. 1997. II. 944, note D. Legeais ; JCP. E. 1997, n°944 ; Contrats-Conc-Consom. 1997, comm. n°74, obs. L. Leveneur ; Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 1995, Bull. Joly, février 1996, p.121, note P. Delebecque ; Cass. com. 9 novembre 1994, JCP 1995. G. IV. n°299, p.40 ; Juris-data n°046261 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1989, Bull. civ. I. n°187 ; JCP. E. 1989. 21363, note D. Legeais ; JCP. N. 1991. II. 45, note D. Legeais ; Cass.com. 8 décembre 1987, JCP. E.1988. I. 17120 ; Cass. com. 8 novembre 1983, Bull. civ. IV. n°298, p. 260 ; Rev. banq. 1984, p.732, obs. Martin ; Cass. com. 7 février 1983, Bull.civ. IV. n°50, p.40.

<sup>275</sup>Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 février 1996, D. 1996, Somm. p.265, obs. L. Aynès.

<sup>276</sup>C. Vuillemin Gonzales, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », op. cit.

<sup>277</sup>Cass. civ. 21 janvier 1981, Bull. civ. I, n°25

<sup>278</sup>P. Chauvel, « Cautionnement et réticence du banquier », op.cit.

<sup>279</sup>Cass. com. 22 octobre 1985 ; JCP 1985.I. p.608.

<sup>280</sup>Paris 24 janvier 1990, Journal des Notaire et des Avocats, 5 octobre 1992, art. 60626, n°7 ; Voir également JCP. E. 1992, p.509, Chron. Droit des sûretés, obs. Simler et Delebecque ; JCP. 1992. G. IV. 2113, p.232 ; JCP. N. II. p. 70 ; JCP. G. Chron. Droit des sûretés, obs. Simler et Delebecque, p. 488 ; RJDA. 10./1992, n°944.

l'égard des créanciers qui ont dissimulé des informations qu'ils détenaient. Elle paraît admettre plus largement les cas dans lesquels le dol par réticence peut être invoqué. La faute du créancier est retenue même dans des espèces où le comportement de celui-ci s'apparentait davantage à une imprudence ou une négligence<sup>281</sup>.

La situation du créancier est inconfortable car s'il informe la future caution, il prend le risque de voir celle-ci refuser son engagement ; mais s'il s'abstient, il est pointé du doigt. En outre, dans le cas du banquier, n'est-il pas tenu au secret professionnel qui le contraint à une certaine discrétion ?

Naturellement, le créancier ne doit informer la caution que de ce qu'il sait. Aucun reproche ne lui sera fait logiquement s'il a été lui-même victime d'une tromperie de la part du débiteur ou s'il pouvait légitimement ignorer sa situation désastreuse. Mais en raison de sa qualité de professionnel, la jurisprudence présume, chez le créancier, la connaissance de l'information<sup>282</sup>. Les juges vont même plus loin en considérant que le créancier a « le devoir de s'informer pour informer la caution »<sup>283</sup>.

Toutefois, ce devoir d'information spontanée cède dès lors que la caution a elle-même les moyens de s'informer sur la situation du débiteur. Aussi, l'ignorance soulevée par la caution paraît difficile à établir pour une personne impliquée activement dans l'activité sociale. Le dol est rarement accepté lorsque la caution est le dirigeant ou l'associé qui sont à même d'obtenir les informations nécessaires. Si la caution pouvait aisément se renseigner, le manquement du créancier n'est pas retenu<sup>284</sup>. Cette prise en compte de la qualité de la caution peut se comprendre. En effet, contrairement à la caution profane qui nécessite d'être informée de manière complète sur la situation financière du débiteur, la caution-dirigeant avertie est sans doute la personne qui connaît le mieux la situation de la société qu'il dirige et ne peut de fait ignorer les difficultés que l'entreprise traverse<sup>285</sup>. Quoiqu'il en soit, le dol ou la réticence dolosive ne peuvent être invoqués par la caution que si elle avait à sa disposition, en raison

---

<sup>281</sup>Cass. com. 8 juillet 2003, n°01-00-880.

<sup>282</sup>D. Legeais, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », op.cit.

<sup>283</sup>D. Legeais, préc.

<sup>284</sup>Cass. com. 26 mai 1992, Bull.civ. IV, n°204 ; Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 10 juin 1987, D. 1987, Somm. L. Aynès ; Cass. com. 23 juin 1998 ; JCP. E. 1998. 1831, note D. Legeais ; Cass.com. 3 mars 1992 ; JCP. N. II. p. 399.

<sup>285</sup>Cass. com. 5 mars 1991, Rev. dr. banc., 5 juin 1991, p.100, obs. Crédot et Gérard ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 1985, Bull. civ. IV, n°98 ; Gaz. Pal. 1985, Somm. 275, note, A. Piedelièvre ; JCP 1986. II. 20659, note Bouteiller.

des liens qui l'unissent au débiteur principal, les éléments lui permettant d'apprécier la situation<sup>286</sup>.

Le dol ne se présume point. La charge de la preuve pèse sur la caution. En théorie, cette preuve est assez difficile à rapporter puisqu'elle doit comporter deux éléments. La caution doit démontrer qu'elle n'avait pas connaissance de l'information prétendument cachée ; et prouver dans le même temps que le créancier détenait en revanche ladite information. Mais la jurisprudence là encore, va adopter une position souple en semblant présumer le dol de la seule inobservation de l'obligation d'information<sup>287</sup>.

S'opère alors un véritable renversement de la charge de la preuve de l'élément intentionnel du dol. La victime n'a en effet plus à établir l'existence de la réticence dolosive, puisqu'à défaut de preuve contraire, le créancier est présumé ne pas avoir délivré l'information à la caution et avoir donc commis un dol. La nature du comportement du créancier laisse pour une large part présumer « la volonté malhonnête » de ce dernier. Il incombe dès lors au créancier de démontrer que son silence n'a pas déterminé la volonté de la caution. Certains créanciers, pour contourner ce risque, vont tenter d'insérer dans le contrat de cautionnement une clause stipulant que la caution connaissait la situation financière du débiteur principal. Heureusement pour les cautions, une telle clause n'aura aucune valeur juridique. Cette position qui confère à la caution une meilleure protection dénote la volonté jurisprudentielle d'assurer le maintien de l'équilibre contractuel dans le cautionnement.

Néanmoins, « il ne serait pas raisonnable d'imposer au créancier de se montrer altruiste à l'excès en prévenant, contre son propre intérêt, la caution des dangers qu'elle court »<sup>288</sup>. Jusqu'où l'exigence de loyauté entre le créancier et la caution doit-elle s'imposer ? Une réponse tranchée semble éminemment délicate car la réalité correspond aux situations les plus variées qu'impose le cautionnement. Le fait que l'article 1116 du Code civil soit entendu très largement par la jurisprudence, avec l'admission de la réticence, offre de réelles perspectives aux cautions pour obtenir l'annulation du contrat de cautionnement<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup> Gavalda et Stoufflet, Chron. de droit ban. ; JCP.CI. 1981.I. 13506, n°112 ; Credot et Gerard, Rev. de drit banc. , 6 juillet 1992, p.151.

<sup>287</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1989, Bull. civ. I. n°187 ; D. 1990, somm. 385 ; Cass. civ. 13 mai 2003, JCP 2003. II. 10144 ; JCP.G. 1989. II. 21363 ; Defrénois 1989, art.34633, p.1409, obs. L. Aynès.

<sup>288</sup> D. Legeais, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », op.cit.

<sup>289</sup> D. Garez, « Les vices du consentement de la caution », préc.

La seule condition du dol véritablement restrictive en la matière est celle qui exige que le dol émane du cocontractant. Cette condition aboutit à refuser la nullité du cautionnement lorsque l'auteur du dol est le débiteur principal. Cette solution soulève des questions, lorsque l'on sait que bien souvent, le débiteur n'apparaît pas étranger au consentement de la caution, et à même, de par ses liens étroits avec ladite caution fortement influencé sa volonté !

## **B) LA RIGUEUR QUANT A L'AUTEUR DU DOL**

L'article 1116 du Code civil fait du dol une cause de nullité lorsqu'il est l'œuvre du cocontractant. Le dol perpétré par un tiers ne peut donc normalement pas entraîner l'annulation du contrat. Or, cette condition est, comme nous l'a vu dans les précédents développements, particulièrement problématique en matière de cautionnement.

En effet, bien souvent, les manœuvres émanent du débiteur principal qui, malgré les liens qui l'unissent à la caution ne lui livre pas forcément toutes informations concernant sa situation financière. Ne faut-il pas dès lors admettre que le consentement de la caution puisant justement ses racines dans les relations qu'elle entretient avec le débiteur principal, celles-ci doivent faire l'objet d'une particulière attention ?

Saisis par les cautions d'une demande en nullité pour dol provoqué par le débiteur principal, les juges ont dû opérer un choix. Soit ils retenaient une conception stricte du dol s'attachant ainsi au seul contrat de cautionnement, et donc refusaient d'admettre le dol du débiteur. Soit ils optaient pour une conception extensive du dol, en appréciant l'opération de cautionnement dans son ensemble, ce qui les conduisait à prendre en considération le dol du débiteur. Pour la jurisprudence dominante, le dol du débiteur principal non partie au contrat de cautionnement, qu'il s'agisse d'actes positifs ou d'abstention de sa part, ne doit en rien influencer sur la validité de l'engagement de la caution<sup>290</sup>. En allant dans ce sens, la jurisprudence se tient à la stricte définition du dol. Cela se justifie par l'idée qu'il ne serait pas juste de faire supporter au créancier les conséquences de la malhonnêteté du débiteur principal, tiers au contrat. De la

---

<sup>290</sup>Cass. com. 13 novembre 2002, Rev. Dr. banc. et fin. 2003, n°11, obs. D. Legeais ; D. 2003, p.684, note B. Roman ; Banque et Droit, mars et avril 2003, p. 52, obs. F. Jacob ; JCP 2003. I. 122. n°1, obs. G. Loiseau ; RTDciv. 2003, p. 322, obs. P. Crocq ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1989, Bull. civ. I. n°127 ; Cass. com. 26 janvier 1988, Bull. civ. IV. , n°49 ; JCP. N. 1988, Prat. 682, p.501 ; Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1973, Bull.civ. I, n°219 ; D. 1973, p.733, note Ph. Malaurie ; Defrénois 1973, art. 30484, p.1327, note Aubert ; RTDciv. 1974, p.143, obs. Loussouarn.

même manière, la caution n'étant pas partie au contrat principal, ne peut invoquer la nullité pour dol qui avait affecté le consentement du débiteur<sup>291</sup>.

La solution consistant à écarter le dol du débiteur principal a été fortement critiquée par la doctrine. En effet, certains auteurs, en recourant à la notion de groupe de contrat, s'élèvent contre la position de la jurisprudence et considèrent que le cautionnement stricto sensu est indissociable des rapports caution-créancier et caution-débiteur<sup>292</sup>. Cette vision, à laquelle nous adhérons, est partagée notamment par Monsieur Simler pour qui « l'exclusion du dol du débiteur comme cause de nullité du cautionnement est contestable. Si l'accord créancier-caution constitue certes en soi le contrat, il n'a de sens et ne peut exister que greffé sur une opération de base, avec laquelle il forme une relation triangulaire où le débiteur tient le rôle central. Qualifier ce dernier de tiers procède d'une approche abstraite et irréaliste. Le Code civil traite lui même des rapports entre la caution et le débiteur comme des effets du cautionnement »<sup>293</sup>. De fait, le débiteur garanti occupe une position déterminante dans l'opération triangulaire et ne peut être relégué au second plan dans l'analyse du consentement de la caution qui a pris sa décision et forgée sa volonté en étant influencée par ce dernier<sup>294</sup>. Dès lors, « le débiteur principal ne saurait être regardé comme étranger à l'opération de cautionnement à laquelle il est, au contraire, directement intéressé. Aussi, les manœuvres dont il peut être l'auteur doivent-elles permettre l'annulation du cautionnement pour dol »<sup>295</sup>. La 3<sup>ème</sup> Chambre civile a fait un grand pas en 2005 en admettant que la caution puisse invoquer le dol dont a été victime le débiteur principal et ce, même si dernier n'avait entrepris aucune action<sup>296</sup>.

Aussi, l'exclusion jurisprudentielle du dol par un tiers semble recevoir des exceptions. C'est le cas lorsqu'il y a collusion entre le débiteur principal et le créancier, y compris dans le cadre d'une complicité même passive entre les deux protagonistes<sup>297</sup>.

---

<sup>291</sup>Cass.civ., 8 juin 2007, D. 2007. Art.1782, obs. V. Avena-Robardet ; JCP 2007, 274, obs. J. Casey ; JCP.E. 2007, 1861, note S. Piedelièvre.

<sup>292</sup>J. François, Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur, D. 2001, Chron. p. 2580 ; Voir également Juris-Classeur, Notariat, Répertoire « cautionnement », Fasc. B-1, n°37, note Ghestin .

<sup>293</sup>Simler, Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., n°140, p.126.

<sup>294</sup>D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op.

<sup>295</sup>M. Remond-Gouilloud, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », JCP.G.I 1977, p.2850, n°26 à 28.

<sup>296</sup>Cass.civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005, n°17682.

<sup>297</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1989, Bull. civ. I, n°127 ; Cass. com. 26 janvier 1988, Bull. civ. IV, n°49 ; JCP. N. 1988, p. 501 ; Cass. com. 10 juillet 1978, Bull.civ. IV, n°193 ; D. 1978, p.149.

De même, la Haute juridiction a retenu que l'erreur provoquée par le dol d'un tiers au contrat pouvait entraîner la nullité de ce dernier lorsqu'elle porte sur la substance même de l'engagement<sup>298</sup>.

La sécurité juridique impose que le créancier auquel on ne peut reprocher aucun comportement fautif n'ait pas à supporter les conséquences du dol commis par le débiteur principal, tiers au contrat de cautionnement. L'annulation du contrat pour dol est une sanction qui ne doit frapper que celui qui en est personnellement responsable.

Dès lors, même si quelques atténuations ont pu être constatées, le contrat de cautionnement se voit traité avec une grande rigueur. De fait, comme l'erreur, le dol ne sera au final que très rarement accepté pour annuler le contrat de cautionnement, et son acceptation variera suivant la qualité de celui qui l'invoque et profitera surtout aux cautions profanes.

La dernière possibilité de protection pour la caution dans le cadre des vices du consentement sera de demander la nullité du cautionnement pour violence. Reste à savoir si une telle approche lui sera plus favorable (§3).

### **§3) LA VOLONTÉ DE LA CAUTION ABOLIE PAR LA VIOLENCE**

La volonté de la caution doit être libre de toutes pressions et de toutes contraintes. Lors de la conclusion du contrat, la caution peut avoir subi des violences. Conjuguant ses efforts avec l'erreur et le dol, la violence, contrainte exercée sur la volonté de la caution, est un des moyens de protéger l'intégrité du consentement. Mais à la différence du dol ou de l'erreur, ici, le consentement est donné en connaissance de cause<sup>299</sup>. Il n'est toutefois pas librement donné, dans la mesure où il a été inspiré par la crainte. C'est donc la volonté qui est abolie<sup>300</sup>. L'article 1112 C. civ. évoque un « mal considérable et présent ».

Les articles 1111 et 1113 du Code civil confirment la prédominance de la volonté contractuelle en précisant que la violence peut être exercée sur une personne autre que le

---

<sup>298</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 1996, Bull. civ. I, n°288 ; D. 1996, Somm. p.323, obs. Ph. Delebecque ; JCP.E. 1996, n°1078, p.368 ; JCP.G. 1997. I. 4033, n°1, obs. Ph. Simler ; Juris-data, n°002903 ; LPA, 23 mai 1997, p.16, note Lambert-Wiber ; Defrénois, 1997, p.920.

<sup>299</sup> M-A. Frison- Roche, Rapport de synthèse sur l'échange des consentements, op. cit.

<sup>300</sup> M-A. Frison- Roche, Rapport de synthèse sur l'échange des consentements, préc.

cocontractant. En théorie, la violence semble pouvoir être plus facilement retenue que le dol puisqu'elle peut émaner du créancier mais aussi d'un tiers comme le débiteur principal. Mais pour que la caution puisse se prévaloir de la violence, encore faut-il qu'elle ait donné son consentement en considération « d'un mal considérable et présent »<sup>301</sup>. Le critère de déclenchement de la protection par l'annulation du contrat réside donc dans une réelle atteinte à l'intégrité du consentement de la caution<sup>302</sup>. Le législateur ne définit pas avec précision la notion de violence. Ce silence laisse de ce fait place à une large interprétation des juges. Au demeurant, cette appréciation se fait in concreto en fonction des circonstances, des cautions concernées.

La violence est donc considérée à travers la crainte qu'elle fait naître et qui a vicié le consentement de la caution. Ce dernier n'est pas valable en présence d'une violence caractérisée. Comme l'écrit le professeur Ghestin, « la violence est une contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour l'amener à donner son consentement ». Ce n'est pas la violence elle-même qui, à proprement parler, constitue un vice du consentement, mais la crainte qu'elle inspire à la victime. La violence de la caution doit avoir été déterminante de son consentement. La crainte doit donc être ressentie à la formation du contrat de cautionnement<sup>303</sup>, et l'acte de violence doit présenter une certaine gravité<sup>304</sup>.

La violence joue dès lors un rôle protecteur mais dans des circonstances spécifiques. Plus que l'erreur et le dol, elle présente un caractère exceptionnel ; mais comme eux, elle entend préserver l'intégrité de la volonté de la caution. Pourtant, « vice d'exception », la violence est moins souvent invoquée par la caution que l'erreur ou le dol. En effet, envisagée de façon stricte, la violence est rarement soulevée dans la pratique du cautionnement ; certainement parce que, comme nous l'avons dit, elle relève d'attitudes tout à fait exceptionnelles, étrangères au comportement habituel des contractants. D'autant que la sécurité des transactions conduit à n'annuler les contrats de cautionnements que dans des conditions extrêmement rigoureuses<sup>305</sup>.

---

<sup>301</sup> Art. 1112 C. civ.

<sup>302</sup> D. Garez, « Les vices du consentement de la caution », op.cit.

<sup>303</sup> Article 1112 al 1<sup>er</sup> C. civ., « un mal ...présent »

<sup>304</sup> Article 1112 al. 1<sup>er</sup> C. civ. , « un mal....considérable »

<sup>305</sup> D. Garez, « Les vices du consentement de la caution », op.cit.



Aussi, de nombreuses demandes formulées par les cautions sur le fondement de la violence ont été rejetées<sup>306</sup>. Ce rejet repose généralement sur le défaut de preuve du vice<sup>307</sup>. Les juges du fond sont souverains quant à l'appréciation de cette violence que doit prouver la caution qui s'en prévaut, en se fondant sur des faits précis<sup>308</sup>.

Néanmoins, il arrive qu'un tel vice soit admis. La violence dont il s'agirait sera surtout une violence morale qui se manifestera sous la forme d'une menace ou d'un chantage qui pousse la caution à conclure le contrat de cautionnement par peur du « mal » auquel elle se trouve exposée. La contrainte subie doit véritablement « emporter le consentement »<sup>309</sup>.

Ainsi, le rôle joué par la violence, vice pouvant affecter la volonté de la caution, demeure très marginal en matière de cautionnement. Mais à l'heure où l'on souligne l'influence du droit de la consommation protecteur de la partie faible dans le contrat, il est possible que la violence retrouve un regain d'intérêt au sein de cette sûreté<sup>310</sup>.

---

<sup>306</sup>Ex. CA Douai, 10 février 2005, Juris-Data n°2005-279945 ; CA Aix-en-Provence, 23 septembre 2004, Juris-Data n°2004-256276 ; CA Aix-en-Provence, 2 décembre 2003, Juris-Data, n°2003-242420 ; CA Paris, 7 novembre 2002, Juris-Data, n°2002-194194 ; Cass. com. 28 mai 1992 ; D. 1992, p.166, note P. MORVAN ; Cass. com. 23 juin 1992, n°90-14642, Inédit, RJcom. 1993, p. 294, note M-H. Monserié.

<sup>307</sup>Cass.com. 7 janvier 2004, Inédit, n°00-11692.

<sup>308</sup>Cass. com. 16 mai 2006, n°05-15794 ; Cass. civ. 4 mai 1999, n°97.13985 ; Cass. com. 1<sup>er</sup> octobre 1996, Bull. civ. IV, n°219, D. 1996. p.241.

<sup>309</sup>Cass. com. 28 mai 1991, Bull. civ. IV. n°180 ; D. 1991, Somm. 385, obs. Aynès ; RTDciv. 1991, n°3, p. 773, obs. M. Bandrac ; Defrénois 1991, art. 35119, n°82, p ; 1120, obs. L. Aynès : En l'espèce, une société familiale est mise en redressement judiciaire. Afin d'obtenir que le président de ladite société et son épouse couvrent les dettes de la société et se portent cautions, le syndic de la procédure et le président du tribunal de commerce menacent le couple d'une remise en cause de leur changement de régime matrimonial intervenu 3 ans plus tôt. Les juges considèrent que cette menace constitue une violence morale qui entraîne la nullité de l'engagement du conjoint du dirigeant. Mais il est étonnant de constater que dans la même affaire, ce même vice a été écarté lorsqu'il a été invoqué par le dirigeant lui-même. Voir également Douai, 29 juin 2006, RD. banc. fin. 2007, n°66, obs. D. Legeais : Membre d'une communauté religieuse, une personne avait été contrainte de s'engager comme caution.

<sup>310</sup>D. Legeais, op.cit.

### **Conclusion sur les vices du consentement de la caution**

A l'étude de l'erreur, du dol et de la violence, on constate que la théorie civiliste des vices du consentement joue un rôle essentiel dans les mécanismes de protection de la caution, mais elle demeure insuffisante. La piste du vice pour dol reste tout de même celle qui offre le plus de chance de succès à la caution à ses prétentions d'annulation de son engagement ; encore faut-il qu'elle démontre par exemple que « le créancier lui a dissimulé le caractère irrémédiablement compromis ou lourdement obéré de la situation du débiteur »<sup>311</sup>.

L'impuissance de la théorie des vices du consentement à garantir une protection efficace à la caution tient notamment à deux raisons principales. Tout d'abord, la loi et la jurisprudence, nous l'avons vu, n'admettent le vice du consentement que dans des circonstances exceptionnelles soumises à des conditions rigoureuses. Avec constance, la jurisprudence considère que la théorie des vices du consentement a principalement pour vocation de protéger les cautions profanes. Le vice doit de fait être particulièrement caractérisé pour que le cautionnement souscrit soit annulable.

En outre, lorsque la caution invoque un vice du consentement, elle doit en faire la preuve, ce qui se révèle très difficile en pratique.

Dès lors, ne pouvant trouver entière satisfaction à travers la théorie des vices du consentement pour protéger efficacement la caution, il convient de se pencher sur d'autres moyens de défense. Qu'en est-il de la cause et de l'objet du cautionnement ? (Section 2).

---

<sup>311</sup>Cass.com. 24 mars 2015, n°14-10.381 ; Cass.com. 16 juin 2015, N°14-10375 ; Cass.com. 27 mai 2015, n°14-14.128 ; CA Orléans, 15 mai 2014, n°13-01843, RD ; banc. fin. 2014, n°170, note D ; Legeais ; Cass.com. 23 septembre 2014, n°13-20776, RD. banc. fin. 2014, n°200, note D. Legeais : La Haute juridiction considère que « le défaut d'information peut justifier une annulation du cautionnement pour dol du vice du consentement ». Pour d'autres décisions récentes : <http://WWW.legifrance.gouv.fr>

## **SECTION 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR L'OBJET ET LA CAUSE**

Si le Code civil français accorde une valeur prépondérante au consentement dans les conditions de formation du contrat, son existence ne saurait suffire à rendre l'acte parfait<sup>312</sup>. Le droit ne prend en effet pas en compte « une volonté éthérée », mais une volonté assise sur un objet (§1), et motivée par une cause (§2).

Comme tout contrat, le cautionnement a nécessairement un objet et une cause. Ces deux conditions, qui apportent une limite fondamentale à l'autonomie de la volonté, intéressent le contenu du contrat et démontrent que celui-ci ne peut reposer que sur la seule volonté des parties, surtout celle de la caution !

### **§1) UNE VOLONTE DE LA CAUTION « ASSISE SUR UN OBJET »**

Complétant les dispositions et solutions spécifiques aux vices du consentement, l'objet est une des conditions essentielles du contrat<sup>313</sup>. Le respect d'« un objet certain qui forme la matière de l'engagement »<sup>314</sup>, constitue une pièce majeure dans le dispositif de protection des cautions. L'identification de l'objet dans le cautionnement devient alors fondamentale. A défaut, le créancier et la caution s'exposent à des surprises quant à la détermination de leurs droits respectifs. Il y va spécifiquement de l'intérêt de la caution d'éviter un mauvais aiguillage quant à l'opération juridique visée par le contrat de cautionnement. En ayant connaissance de ce à quoi elle adhère, l'objet devient ainsi le support de sa volonté<sup>315</sup>. L'objet assurera dès lors la protection de la caution à deux niveaux, d'une part en déterminant

---

<sup>312</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, 6<sup>ème</sup> éd. 2013 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.M. Serinet, Traité de droit civil : la formation du contrat, Tome 1, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd. 2013 ; J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, , Le rapport d'obligation, Tome 3, Armand Colin, , 8<sup>ème</sup> éd., 2013 ; B. Fages, droit des obligations, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2013 ; C. Aubert de Vincelles, Droit des obligations, Tome 1, éd. Dalloz, 2014.

<sup>313</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.M. Serinet, Traité de droit civil : la formation du contrat, op.cit. ; C. Aubert de Vincelles, Droit des obligations, op.cit. ; J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation, op.cit.

<sup>314</sup> Article 1108 C. civ.

<sup>315</sup> D. Legeais, op.cit.

l'existence de son consentement, et d'autre part en établissant l'étendue de son obligation de garantie<sup>316</sup>(A). Mais, la théorie de l'objet apparaît ambivalente et présente des limites (B).

### **A) L'OBJET, SUPPORT DE LA VOLONTE DE LA CAUTION**

Selon le Code civil, l'accord de volonté doit porter « sur un objet certain qui forme la matière de l'engagement »<sup>317</sup>. Partant de là, on suppose que la première fonction de l'objet est d'assurer la protection de celui qui s'oblige<sup>318</sup>, ici la caution. Prie sous un sens général, « l'objet du contrat se définit comme l'objectif ou le but que les parties cherchent respectivement à atteindre par la conclusion du contrat »<sup>319</sup>. En réalité, deux approches de l'objet peuvent être envisagées ; l'une relative à l'objet du contrat de cautionnement, l'autre renvoie à l'objet de l'obligation de la caution.

S'agissant tout d'abord de l'objet du contrat. En vertu des articles 1110 et 1128 du Code civil, l'objet du contrat correspond à l'opération juridique envisagée par les contractants et autour de laquelle « s'organise l'économie du contrat »<sup>320</sup>. Dans ce cas, c'est l'opération contractuelle qui est prise en compte dans son ensemble. Ainsi, l'objet du contrat de cautionnement est la sûreté donnée par la caution.

L'objet de l'obligation renvoie quant à lui, selon les termes de l'article 1129 du Code civil, à la chose que le débiteur a promis. Ce sont ici les prestations des parties qui intéressent ; et il peut y avoir autant d'objets que d'obligations<sup>321</sup>. En ce sens, l'objet de l'obligation de la caution correspond à « la prestation promise au créancier »<sup>322</sup>, c'est-à-dire à l'éventuel

---

<sup>316</sup>J. Ngafaounain, Les mécanismes de protection, op.cit.

<sup>317</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munnck, op. ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.M. Serinet, Traité de droit civil : la formation du contrat, op.cit. ; C. Aubert de Vincelles, Droit des obligations, op.cit. ; J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation, op.cit.

<sup>318</sup>Cabrillac et Mouly, op.cit.

<sup>319</sup>Dictionnaire juridique, Dalloz, op.cit.

<sup>320</sup>Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munnck, op. ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.M. Serinet, Traité de droit civil : la formation du contrat, op.cit. ; C. Aubert de Vincelles, Droit des obligations, op.cit. ; J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation, op.cit.

<sup>321</sup> ; J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation, op.cit.

<sup>322</sup> Ph. Simler, op. cit.

règlement de la dette garantie par la caution. Pour être valable, l'objet de l'obligation doit présenter certains caractères : il doit exister<sup>323</sup>, être déterminé ou déterminable<sup>324</sup>, et être possible et licite<sup>325</sup>.

Concernant la condition de licéité et de moralité de l'objet, celle-ci ne soulève guère de problème tant les actions des cautions sur ce fondement sont rares. En abordant cette exigence de licéité, le professeur François soulignera même « qu'appliquée à l'obligation de la caution, cette exigence n'a pas de sens »<sup>326</sup>.

L'objet doit en outre exister<sup>327</sup>. L'objet du cautionnement se trouve dans la dette principale. En conséquence, il est nécessaire que ladite dette existe, sachant que celle-ci peut être présente ou future.

Et enfin, pour protéger la caution qui s'engage, l'objet de l'engagement doit être « déterminé ou déterminable quant à son espèce et à sa quotité »<sup>328</sup>. Pour qu'il y ait contrat, il faut que la caution sache à quoi elle s'engage. De fait, elle ne peut être tenue si l'objet n'existe pas ou n'existe plus. « L'objet du contrat se confond avec celui de l'obligation principale qu'il crée »<sup>329</sup>. Aussi, si l'objet venait à changer et que la caution ne l'a nullement accepté, il est normal que soit prononcée l'extinction du cautionnement dans la mesure où une obligation nouvelle quant à l'objet a vu le jour<sup>330</sup>. N'étant pas au courant de ce changement, la caution n'a pu librement exprimer sa volonté.

La protection de la caution à travers la nécessité d'un objet déterminé ou déterminable implique une première exigence, celle d'indiquer dans l'acte de cautionnement le nom du débiteur principal<sup>331</sup>. En principe, son omission entraîne l'annulation du contrat de cautionnement. Cependant la jurisprudence ne le voit pas ainsi et fait une application souple de cette disposition, considérant « qu'il suffit que le débiteur soit identifiable dans la mesure

---

<sup>323</sup>Article 1130 C.civ.

<sup>324</sup>Article 1129 C.civ.

<sup>325</sup>Article 1128 C.civ.

<sup>326</sup>J. François, Droit civil, Dir. Larroumet, T.VII, Les suretés personnelles, Economica, 2004.

<sup>327</sup>Cass .civ. 3<sup>ème</sup>, 18 février 2015, n°14-10.604 ; 14-10.632.

<sup>328</sup>Ex. Cass.com., 16 décembre 2014, n°13-23177 ; voir D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op. cit.

<sup>329</sup>D. Legeais, préc.

<sup>330</sup>Cass. com. 19 octobre 1933, Bull. civ. IV, n°340.

<sup>331</sup>Cass.civ. 11 juin 1996, Dalloz Affaires 1996, p.896 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 avril 1992, Bull. Civ. I, n°128, p. 86 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1987, Bull. civ. I, n°270 ; D. 1987. inf. rap. 217 ; JCP. G. 1987. IV. 398. Cass. com. 22 janvier 1985, Bull. civ. IV. n°29, Chron. Drt. Bancaire, Note Gavalda et Stoufflet ; Gaz. Pal. 1985. 1. Somm. p. 117, obs. Piedelièvre ; Cass. com. 20 octobre 1993, JCP. E. 1994, n°1309.

où seule compte l'intention réelle des parties »<sup>332</sup>. Dès lors, s'il apparaît qu'il n'est pas fait mention de l'identité du débiteur dans le contrat de cautionnement, la convention signée par la caution pourrait dans ce cas constituer, au sens de l'article 1347 du Code civil, un commencement de preuve par écrit<sup>333</sup>.

L'obligation de déterminer l'objet du cautionnement exige également d'indiquer les obligations garanties. L'article 1129 du Code civil dispose qu'« il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminable quant à son espèce ; La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ». C'est ici un peu plus compliqué car les termes utilisés dans ce texte donnent une certaine marge de manœuvre quant à la détermination de l'objet des obligations issues du contrat puisqu'il fait référence simplement à « un objet déterminable, permettant aux volontés individuelles de s'exprimer librement »<sup>334</sup>. De ce fait, de nombreuses obligations sont susceptibles d'être cautionnées<sup>335</sup>. Mais là n'est qu'illusion car, cette relative liberté laissée aux contractants dans le cautionnement quant à la détermination de l'objet présente le risque de générer des abus qui peuvent être lourds de conséquences pour la caution, selon que la dette est présente ou future<sup>336</sup>.

En effet, lorsque c'est une dette présente qui est garantie par la caution, donc connue le jour de la souscription du cautionnement, on imagine qu'il n'y a pas de difficulté puisque ledit garant sait à quoi s'en tenir. Et pour cause, les modalités de la dette, sa durée ainsi que son montant lui sont annoncés. Donc en principe pas de surprise pour la caution. Dans ce contexte, la phase de conception de l'acte par la caution est alors respectée, et l'expression de sa volonté assurée. Dans ce cas, la caution s'oblige à une obligation « de règlement à exécution instantanée »<sup>337</sup> qui ne fait que prendre la définition même du cautionnement si le

---

<sup>332</sup>Cass. civ. 22 avril 1992, Bull. civ. I. , n°128, p. 86 ; JCP. G. 1992. IV. , n°1862 ; JCP.G. I.1992, p. 488, note Simler et Delebecque : selon lesquels « le cautionnement étant toujours considéré comme un contrat consensuel, il n'est nullement exigé que le nom du bénéficiaire soit indiqué dans un acte, pourvu qu'il soit identifié ou identifiable ».

<sup>333</sup>Cass. civ. 23 février 1999 ; JCP.G. 1999. I. 156, n°2, obs. Ph. Simler ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 1997, Bull. civ. I. n°305 ; Cass.civ. 27 février 1996 ; JCP. E, pan. n°544, p.181 ; JCP.N. 1996.II. , p.1154 ; Defrénois 1996, art. 36358, n°74, p.806, note Aynès ; Juris-data n°000550 : dans cet arrêt la Haute juridiction, après avoir énoncé que « selon l'article 2015 du Code civil, un acte de cautionnement n'est valable que s'il comporte l'indication du débiteur de l'obligation garantie ou les éléments permettant de l'identifier, un tel acte était de nature à constituer, aux termes de l'article 1347 C. civ., un commencement de preuve par écrit » ; Voir également Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1993 ; JCP. E. IV. 2655 ; D. 1993. Inf. rap. 237. ; JCP.E. 1994. I. 365, n°4, obs. P. Simler et P. Delebecque ; JCP. N. 1995, p.333, note P. Simler.

<sup>334</sup>Cass. civ. 20 octobre 1987, Bull. civ.I. n° 270 ; Dalloz 1987. Inf. rap. 217.

<sup>335</sup>D. Legeais, op. cit.

<sup>336</sup>Mouly, « Abus de caution ? », op. cit.

<sup>337</sup>C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, op.cit.

débiteur se trouvait être défaillant<sup>338</sup>. En conséquence, la durée de l'obligation garantie n'a aucune influence sur l'étendue du cautionnement puisque sa durée est celle de l'obligation garantie<sup>339</sup>. La caution ayant exprimée sa volonté en connaissance de cause, est contrainte de respecter son engagement jusqu'à ce que la dette principale s'éteigne. En ce sens, elle est protégée contre les conséquences d'un allongement de sa durée ! Ainsi, le cautionnement de dettes déjà nées est en principe celui qui entraîne le moins d'aléas pour la caution, puisqu'« une dette de cette nature ne peut évoluer qu'en diminuant »<sup>340</sup>. Ce type de cautionnement est donc à conseiller aux cautions si elles veulent être protégées contre les risques du temps.

En effet, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'un cautionnement de dette future dans lequel la détermination de l'objet de l'obligation de la caution n'est pas toujours aisée, et où la volonté de la caution va finalement se fonder sur des incertitudes<sup>341</sup>. Permis par l'article 1130 du Code civil qui prévoit que « les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation » qu'il qualifie de valables et licites<sup>342</sup>, il suffit que l'objet, en l'occurrence la dette principale, existe au plus tard lors de l'exécution du contrat, c'est-à-dire au moment où la caution sera poursuivie par le créancier.

Les cautionnements omnibus divisent et créent la polémique au sein de la doctrine<sup>343</sup>. Si pour certains auteurs, les termes utilisés dans ce type de cautionnement sont trop généraux pour

---

<sup>338</sup>Marty, Raynaud et Jestaz, op. cit.

<sup>339</sup>« Sous réserve bien entendu de la prorogation accordée ou de la déchéance du terme ».

<sup>340</sup>M. Mignot et B. Beignier, *Droit des sûretés*, Montchrestien, 2008 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit.

<sup>341</sup>C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, op.cit.

<sup>342</sup>Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 10 décembre 2002, Bull. civ. I. n° 303, p.237 : « n'est pas nul pour indétermination de son objet l'engagement de caution qui garantit le remboursement de dettes futures » ; Cass. com. 22 février 1994, Bull. civ. IV, n°68, p.51 ; JCP.G. IV., 1102 ; RTDciv. 1994, p. 907 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 1994, Bull. civ. I. n° 382, p.274 ; Defrénois 1995, art. 36040, p.416, note Aynès : « un cautionnement omnibus est un cautionnement illimité, aux termes duquel la caution s'oblige à payer toute somme que peut devoir le débiteur principal à créancier est valable dès lors que les obligations garanties sont déterminables et licites » ; Cass. com. 11 mai 1993 ; JCP. G. 1994. II. 22188, note Ph. Delebecque : il a été admis qu'une caution puisse garantir le paiement d'une société en formation ; C. Mouly, « La grand-mère et le cautionnement omnibus », RJDA, 10/93, p.79 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1986, Bull. civ. n°5 ; D.S. 1987, p. 342, 1<sup>ère</sup> espèce, obs. Aynès ; Dijon 3 octobre 1985, JCP.E. 1987, n°14979, obs. Délébecque ; Cass. com. 19 novembre 1985 ; Banque 1986, p.401, obs. Rives-Lange ; Cass. civ. 10 janvier 1870, D. P. 1870. I. p.160.

<sup>343</sup>Mouly, « Abus de caution ? », op.cit. ; Daublon, « Le cautionnement demain », Les Petites Affiches, n° spéc. avril 1986, p.21 ; Simler, « Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence ? », JCP.N. 1986, p.169, spéc. 176 .

<sup>343</sup>P. Sargos, « Le cautionnement, dangers, évolution et perspectives de réformes », Rapport de la Cour de cassation, 1986, p.33, op. préc.

permettre d'établir leur objet<sup>344</sup>, pour d'autres au contraire l'objet est déterminé dans la mesure où il est rattaché aux dettes que devra le débiteur principal au créancier, « seule l'étendue de cet objet peut varier selon les fluctuations du crédit »<sup>345</sup>.

Et puisque la caution garantit ce que devra le débiteur principal au jour où le créancier réclamera son dû<sup>346</sup>, il s'agit d'un contrat à « exécution successive » dans lequel la caution s'oblige pour « l'ensemble des dettes présentes et à venir du débiteur avec ou sans limite »<sup>347</sup>. Aussi, pour garantir la compréhension des cautionnements de dettes futures, le professeur Mouly a démontré le besoin d'établir dans ces derniers « une distinction temporelle » révélant deux obligations différentes à la charge de la caution : une obligation de couverture et une obligation de règlement<sup>348</sup>.

L'obligation de couverture qui est « à exécution successive » contraint ainsi la caution à couvrir l'éventualité d'une dette que le débiteur principal sera amené à devoir. Aussi, la caution reste obligée même si aucune dette n'a vu le jour<sup>349</sup>. Néanmoins, au cours de cette période, elle n'est soumise à aucune obligation de payer le créancier. « L'obligation de couverture permet ainsi de délimiter l'obligation de la caution qui correspond aux dettes apparues durant cette période. A cet égard, la durée de l'obligation influe sur l'étendue du cautionnement ; pour cela l'obligation de couverture a un caractère intuitu personae »<sup>350</sup>. En conséquence, si la caution veut mettre fin à son obligation, deux voies lui sont offertes : soit son obligation est à durée indéterminée et dans ce cas elle peut réclamer la résiliation unilatérale du contrat<sup>351</sup>, soit son obligation est à durée déterminée et recourir aux termes extinctifs<sup>352</sup>. Toutefois, il est à noter que si l'obligation de couverture venait à prendre fin, la caution n'est pas libérée. En effet, si elle n'est plus tenue aux dettes qui apparaîtront dans l'avenir, la caution demeure encore engagée pour les dettes nées antérieurement<sup>353</sup>.

---

<sup>344</sup>I. Moreau-Margrève, Les sûretés personnelles en droit belge, in « les sûretés », Colloque F.E.D.U.C.I, 1984, p.173, et svtes. , spéc. 181 et 258 ; voir aussi les observations de Monsieur Ghestin sur, Paris 2 mai 1986, JCP. 1986.II.20622 et Mestre, Chron. RTD.CIV. 1987, p.94.

<sup>345</sup>Stranart, Rapport de synthèse du colloque de la F.E.D.U.C.I, 1984, p.555.

<sup>346</sup>Cass. com. 29 octobre 1992, RTDcom. 1993, 325, obs. Cl. Champaud ; Cass. com. 22 février 1994 ; JCP.G. 1994.IV, n°1102 ; RTDciv. 1994, p.907, obs. M. Bandrac.

<sup>347</sup>Ph. Simler, op. cit.; Mouly, op. cit.; D. Legeais, préc.

<sup>348</sup>Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, Tome 10, Lib. Techniques, Paris 1979, n°255, p.32.

<sup>349</sup>Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement , op. cit.

<sup>350</sup>Mouly, op. préc.

<sup>352</sup>Cass.com., 10 décembre 2002 ; Bull. civ. IV. , n°190, p.216 ; Défrénois 2004, Art. 37946, n°43, p.722, note Ph. Théry.

<sup>353</sup>Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement , op. cit.



Mais dès que la dette principale née, l'obligation de couverture laisse place à une obligation de règlement<sup>354</sup>. Celle-ci met à la charge de la caution de régler les dettes apparues au cours de la période de couverture si le débiteur principal venait à être défaillant. Cette obligation de règlement « née donc instantanément »<sup>355</sup>.

La dangerosité des cautionnements de dettes futures est fortement dénoncée<sup>356</sup>. L'existence et à l'étendue de la dette qui sont inconnues lors de leur conclusion, entraînent une absence de volonté de la caution. La décision de la caution « omnibus » est donc fondée sur une grande incertitude<sup>357</sup>. Cette dernière n'ayant pas une perception réelle de ce qu'elle devra, risque de « se trouver, sans s'en rendre compte, embarquer dans « le TGV de la ruine » »<sup>358</sup>. Pourtant, les cautionnements omnibus sont très utilisés, notamment dans les affaires<sup>359</sup>. Très souvent, les dirigeants de la société se portent caution des engagements futurs de ladite société<sup>360</sup>. C'est pourquoi, afin de dissuader les cautions d'y adhérer et donc de les protéger en palliant au problème de la détermination de l'objet de leur obligation, les cautionnements omnibus ont vu leur domaine limité par la loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003 qui interdit les cautionnements de montant indéterminé, dès lors que le cautionnement est souscrit par une personne physique par un acte sous seing privé au profit d'un créancier professionnel<sup>361</sup>. L'objectif clairement affiché est de réduire considérablement le recours à de tels cautionnements.

La protection des cautions à l'encontre des cautionnements omnibus se fera également par la jurisprudence qui vérifiera si l'obligation de la caution est déterminable en se référant à la mention manuscrite. Cet acte spécifique doit en principe laisser transparaître la volonté

---

<sup>354</sup> Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, op.cit.

<sup>355</sup> Mouly, préc.

<sup>356</sup> AFB, recommandations des 21 avril 1982 et 28 juillet 1989, « Le cautionnement et la banque », octobre 1990, 82<sup>ème</sup> congrès, Nice 1986, sur le thème du cautionnement, p.20 ; P. Sargos, « Le cautionnement, dangers, évolution et perspectives de réformes », Rapport de la Cour de cassation, 1986, p.33, op. préc. .

<sup>357</sup> D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op. cit.

<sup>358</sup> P. Sargos, « Le cautionnement, dangers, évolution et perspectives de réformes », Rapport de la Cour de cassation, 1986, p.33, op. préc.

<sup>359</sup> Mouly, « Abus de caution ? », op.cit. ; Daublon, « Le cautionnement demain », Les Petites Affiches, n° spéc. avril 1986, p.21.

<sup>360</sup> D. Legeais, op.cit.

<sup>361</sup> A contrario, un tel cautionnement n'est possible que s'il est conclu par une personne morale, par acte authentique<sup>361</sup> au bénéfice de créanciers non professionnels<sup>361</sup>: voir Delebecque, « Forme et preuve du cautionnement », in aspects contemporains du cautionnement, Cahiers de droit de l'entreprise, 1992/2, p. 5-8 ; « L'opération Glasnot de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou 5 brèves observations sur la jurisprudence », Gaz. Pal. 1988. I. doct. p. 209.

« explicite et sans équivoque » de la caution sur sa connaissance de la nature et l'étendue de son obligation<sup>362</sup>. Mais la protection des cautions à travers ces règles de la nullité du contrat de cautionnement pour objet indéterminé varie là encore en fonction de la qualité de la caution, plus propices aux garants profanes<sup>363</sup>.

## **B) LE RÔLE REDUIT DE L'OBJET DANS LA PROTECTION DE LA CAUTION**

Le rôle joué par l'objet dans l'appréciation de la validité des contrats en droit français n'est plus à démontrer<sup>364</sup>. Sa sanction débouchant sur la nullité de la convention permet ainsi d'apporter une protection aux contractants. Or, on ne peut que se résoudre à observer dans le cautionnement qu'une sanction pour absence d'objet ou pour objet illicite est très rare<sup>365</sup>. En effet, en nous référant au site de Légifrance<sup>366</sup>, on constate qu'il y a peu d'arrêts sur l'objet du cautionnement. Certes, l'identité de l'objet de l'obligation de la caution se rapportant à celle du débiteur principal lui confère une protection non négligeable, celle d'opposer toutes les exceptions inhérentes à la dette. En dehors des exceptions personnelles réservées au débiteur principal, la caution peut invoquer toutes les causes qui pourraient venir influencer sur la dette soit en la diminuant, soit en l'éteignant<sup>367</sup>. Les hypothèses en ce sens sont nombreuses : compensation, novation, remises de dette...<sup>368</sup>. Aussi, « l'illicéité du cautionnement sans l'illicéité de l'obligation principale » serait surprenante<sup>369</sup>. Mais s'attacher à dire cela, c'est finalement évoquer le caractère accessoire du cautionnement qui protège suffisamment la caution. Complètement éclipsé par ce caractère accessoire de la sûreté personnelle, l'objet perd donc de son intérêt.

---

<sup>362</sup> « Cette mention est généralement analysée comme indissolublement liée à l'expression de la volonté de la caution puisqu'elle permet de savoir à quoi celle-ci s'est engagée » : Ph. Délébecque, « Forme et preuve du cautionnement », in aspect contemporains du cautionnement, Cahier de droit de l'entreprise, 1992, p.5.

<sup>363</sup> D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op. cit. ; Ph. Délébecque, « Forme et preuve du cautionnement », préc. .

<sup>364</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.M. Serinet, Traité de droit civil : la formation du contrat, op.cit. ; C. Aubert de Vincelles, Droit des obligations, op.cit. ; J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation, op.cit.

<sup>365</sup> Mouly, « Abus de caution ? », Rev. jur. Com., n° spécial, février 1982, p.13.

<sup>366</sup> <http://WWW.legifrance.gouv.fr>

<sup>367</sup> Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, op. cit.

<sup>368</sup> D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op.cit. ; Ph. Simler, op.cit.

<sup>369</sup> D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op.cit.

L'attraction de l'objet dans le cautionnement se situe alors sur un tout autre plan, celui de la qualification du contrat<sup>370</sup>. En effet, cette préoccupation n'est pas étrangère à la protection de la caution car appréhender correctement l'objet du cautionnement en s'attachant à la nature même de l'opération juridique envisagée par les parties, en sondant leur volonté lors de sa conclusion, c'est permettre le moment venu d'identifier et d'interpréter sans équivoque les obligations et les droits de la caution. et de fait le distinguer des autres contrats, comme la garantie autonome avec qui la confusion peut être source de difficulté<sup>371</sup>. Ainsi, si la dette du débiteur principal et celle de la caution ont le même objet dans le cautionnement, la garantie autonome au contraire se distingue par son indépendance par rapport au contrat de base<sup>372</sup>.

En conséquence, si pour extraire la volonté de la caution, l'identification de l'objet dans le contrat de cautionnement devient dans l'intérêt de ce garant « un passage obligé »<sup>373</sup>, il n'en demeure pas moins que son rôle dans la protection de la caution est fortement réduit dès lors que l'annulation de l'engagement de la caution peut être prononcée par l'effet du caractère accessoire<sup>374</sup>. La véracité de ces propos se vérifie à travers l'évolution de la jurisprudence qui se montre à bien des égards rigoureuse envers les cautions qui fondent leurs actions en nullité du contrat de cautionnement sur un manquement aux exigences se rapportant à l'objet<sup>375</sup>. C'est pourquoi, si l'on recherche une protection efficace de la caution, ce n'est pas sur le terrain de l'objet qu'il faut aller. Penchons nous alors sur la cause pour voir si elle est à même d'apporter la protection escomptée (§2).

---

<sup>370</sup>Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, op. cit.

<sup>371</sup>Marty, Raynaud et Jestaz, Les sûretés, La publicité foncière, op. cit. n°640 ; Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, op.cit. ; F. Jacob, Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie, Thèse Strasbourg, LGDJ, 1998.

<sup>372</sup>Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, op.cit.

<sup>373</sup>Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op.cit.

<sup>374</sup>Ph. Simler, « Le caractère accessoire du cautionnement prive d'intérêt certaines des incidences de l'objet », op. cit.

<sup>375</sup>Ph. Simler, « Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence ? », JCP N 1986, p.169 ; D. Legeais, op.cit.

## **§2) LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR LA CAUSE**

Selon Messieurs Malaurie et Aynès, « la cause est la justification, la limite et la garantie du pouvoir autonome de la volonté. Elle en est la justification en expliquant pourquoi la volonté engage : il ne suffit pas de dire qu'on est engagé parce qu'on l'a voulu, il faut aussi savoir pourquoi. Elle en est aussi la limite : une obligation, pour voulue qu'elle soit, n'est pas obligatoire si elle est sans cause ou a une cause illicite. Par conséquent, même s'il l'a voulue, cause... »<sup>376</sup>. La cause est de fait également de nature à protéger la caution<sup>377</sup>.

La nécessité d'une « cause licite dans l'obligation » est posée par l'article 1108 du Code civil comme dernière condition de validité du contrat. Mais, la théorie de la cause se distingue par une subtilité et une complexité qu'on ne mesure qu'en s'y confrontant. Les difficultés d'appréhension sont nombreuses<sup>378</sup>. Si bien que, si certaines exigences soulevées par ledit article ne posent guère de difficulté, la cause se révèle d'application délicate. Aussi, en raison des spécificités qui entourent le contrat de cautionnement, il convient de préciser la signification de ce concept dans ledit contrat (A) et d'en mesurer le rôle protecteur des intérêts de la caution (B).

---

<sup>376</sup>Ph. Malaurie et Aynès, Droit civil-Les obligations, Ed. Cujas, 1993-1994, n°492.

<sup>377</sup>L'absence de cause entraîne l'annulation du cautionnement : ex. Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juin 2014, n° 12-29.116.13-13.312, Inédit.

<sup>378</sup>D. Mazeaud, « La cause », Mélanges Dalloz : Bicentenaire du Code civil 1804-2004, p.451.

## **A) LA VOLONTE DE LA CAUTION MOTIVEE PAR UNE CAUSE**

Dans la théorie classique de la cause, l'autonomie de la volonté tient une place si importante que le rôle assigné à cette dernière s'en trouve fortement limité<sup>379</sup>. En effet, cette approche volontariste prône la liberté de l'homme qui doit pouvoir se lier avec autrui sans qu'il ait besoin de rendre compte des causes, des raisons de son engagement<sup>380</sup>. C'est pourquoi, durant une longue période, la cause fut reléguée au second plan, « privée de l'utilité qui pouvait être la sienne dans le respect de la justice et de l'utile des contrats »<sup>381</sup>.

Mais la cause est un moyen de protection controversé. Pourquoi la caution s'est-elle engagée ? La question implique pour y répondre d'établir le support de la cause du cautionnement. En d'autres termes sur quels rapports constituant l'opération de cautionnement faut-il la rechercher ? Est-ce dans les relations que la caution entretient avec le créancier ? Dans le rapport « créancier-débiteur » ? ou au contraire dans ceux régissant « la caution et le débiteur » ? En la matière les avis divergent et deux conceptions de la cause sont proposées, l'une objective, l'autre subjective, chacune présentant la cause avec « son utilité propre » dans la protection de la caution<sup>382</sup>.

Plaçons-nous tout d'abord sur le rapport qui unit le créancier et la caution, soit le cautionnement stricto sensu. Dans cette hypothèse, la cause serait objective, correspondant « au but immédiat et direct »<sup>383</sup> qui aurait conduit la caution à contracter avec le créancier. Il s'agirait donc d'une cause abstraite, détachée de la volonté de la caution. On se trouve alors dans une analyse purement fonctionnelle de la cause dans laquelle les considérations subjectives ayant motivé le contractant importent peu<sup>384</sup>. Cette cause repose de fait sur la raison d'être de l'engagement de l'intéressé et serait par conséquent la contrepartie qu'attend le créancier.

Or, si cette conception classique de la caution convient parfaitement à un contrat synallagmatique, elle séduit beaucoup moins dans le cautionnement. En effet, le

---

<sup>379</sup>Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.M. Serinet, Traité de droit civil : la formation du contrat, op.cit. ; C. Aubert de Vincelles, Droit des obligations, op.cit. ; J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation, op.cit.

<sup>380</sup>Préc.

<sup>381</sup>D. Mazeaud, « La cause », op.cit.

<sup>382</sup>D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties du crédit, op. cit.

<sup>383</sup>Lexique juridique, Dalloz, op. cit.

<sup>384</sup>D. Mazeaud, « La cause », préc.

cautionnement est un contrat unilatéral dans lequel la contrepartie est défaillante puisque, si la caution est certes obligée envers le créancier, ce dernier en revanche ne lui doit rien<sup>385</sup>. Faire de la garantie donnée par la caution la cause du cautionnement c'est la confondre avec son objet<sup>386</sup>. En conséquence, ne pouvant l'extraire de la relation « créancier-caution », la cause se situe dans un autre rapport, nécessairement étranger au contrat de cautionnement. Deux voies s'offrent à nous, soit le rapport « créancier-débiteur », soit celui du « débiteur-caution ».

Dans le premier cas, on peut penser que la caution ne s'est obligée que dans le seul but de faciliter l'octroi du prêt au débiteur. La cause serait alors le crédit accordé par le créancier audit débiteur. C'est d'ailleurs l'analyse retenue par la jurisprudence<sup>387</sup>. Mais énoncer que « la cause objective du cautionnement est la dette garantie ou l'obligation du débiteur principal », c'est prendre le risque d'essuyer de vives critiques car une telle interprétation s'analyse davantage à travers les termes de l'article 2289 al. 1<sup>er</sup> C. civil, qui prévoit que « le cautionnement suit le sort de l'obligation qu'il garantit », que sous la notion cause<sup>388</sup>. Cette acceptation présente dès lors l'inconvénient de faire double emploi avec le caractère accessoire du cautionnement, rendant dans ce contexte la cause inutile<sup>389</sup>. « L'absence de cause ne peut être soulevée que s'il y a absence de contrat principal »<sup>390</sup>. Cette limite nous contraint donc à examiner la cause sous le rapport « débiteur-caution ».

Cette relation particulière que nous avons longuement analysé<sup>391</sup> fait ressortir une conception subjective de la cause dans laquelle vont être recherchés les mobiles personnels de la caution, ceux qui l'ont incité à s'engager. La cause subjective s'attache à la volonté personnelle et particulière de la caution<sup>392</sup>. La cause n'est dès lors plus abstraite mais « concrète et

---

<sup>385</sup>M. Cabrillac, C. Mouly, Droit des sûretés, op.cit. ; D. Legeais, op. cit. . Voir également P. Jestaz, Dalloz, v° « cautionnement » n°75, selon lequel « la conception classique de la cause au sens de contrepartie attendue ne peut s'appliquer au cautionnement, la cause se confondant toujours plus ou moins avec les motifs dans un contrat unilatéral, car elle est nécessairement extérieure au contrat lui-même ».

<sup>386</sup>M. Cabrillac, C. Mouly, préc.

<sup>387</sup>Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 2 octobre 2001, cit. par B. Roman ; également l'arrêt « Lempereur » : Cass.com. 8 novembre 1972, op. cit. . la Haute juridiction a défini la cause du cautionnement comme étant « la considération de l'obligation prise corrélativement par le créancier, à savoir l'ouverture du crédit consentie au débiteur principal ». Certes l'obligation est en dehors du cautionnement lui-même, mais elle permet la naissance de celui-ci.

<sup>388</sup>M. Cabrillac, C. Mouly, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>389</sup>D. Legeais, op. cit.

<sup>390</sup>M. Cabrillac, C. Mouly, Droit des sûretés, op.cit. ;

<sup>391</sup>Chap. 1, Section 2, §2.

<sup>392</sup>M. Cabrillac, C. Mouly, Droit des sûretés, op.cit.

déterminable au cas par cas selon le contrat de cautionnement »<sup>393</sup>. On pressent alors les difficultés qui peuvent résulter de cette acceptation fortement imprégnée de la psychologie des cautions. Les allégations de ces dernières pouvant être innombrables, il convenait de cibler le motif sans lequel la caution ne serait jamais engagée. Chose faite lorsque la jurisprudence a décidé de ne rattacher la cause qu'« au motif déterminant » au regard duquel doit s'apprécier l'impératif de licéité de la cause. Adhérant à cette thèse, Monsieur Capitant dira à ce sujet qu'il convient de saisir « les motifs déterminants qui sont entrés dans le champ contractuel car le contrat est un accord de volontés. C'est l'accord des volontés qui en détermine le contenu »<sup>394</sup>. L'auteur donne en ce sens à la cause, qui prend en compte les raisons personnelles du contractant origine de l'acte de volonté, « une essence plus subjective »<sup>395</sup>. Par conséquent, la cause représente la fin poursuivie par la caution lorsqu'elle contracte, « la cause finale ». Pour la saisir, devront donc être pris en considération les liens familiaux, amicaux ou professionnels. Ainsi, par exemple, dans le cautionnement dit familial, la décision de la caution sera motivée par son souhait de rendre service à un proche, sans attendre aucune contrepartie. En cela, la cause de l'obligation de la caution se trouve dans l'esprit de bienfaisance qui l'a animé ; contrairement à la caution dans un cautionnement d'affaire où cette dernière n'est guidée que par les avantages qu'elle obtiendra de l'affaire cautionnée.

Mais le critère « motif déterminant » ne convainc pas totalement et demeure « passablement artificiel »<sup>396</sup>. Car peut-on objectivement extraire « la motivation psychologique déterminante » des autres mobiles de la caution dont la défaillance pourrait pourtant avoir leur importance ? Le doute est permis ! La théorie de la cause subjective dont le contenu se révèle flou, difficilement saisissable<sup>397</sup>, dévoile alors ses faiblesses.

Aussi, au regard des deux thèses avancées, qu'elle soit objective ou subjective, la cause protège-t-elle efficacement la caution ? C'est ce à quoi nous allons tenter de répondre en mesurant l'utilité de la cause dans le cautionnement.

---

<sup>393</sup>P. Jestaz, « Le cautionnement », op.cit. ; J. Terre, « Le cautionnement : une institution en danger », op.cit.

<sup>394</sup>H. Capitant, De la cause des obligations, Dalloz 1927.

<sup>395</sup>H. Capitant, De la cause des obligations, préc.

<sup>396</sup>H. Capitant, De la cause des obligations, préc. ; M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>397</sup>P. Jestaz, « Le cautionnement », op.cit.

## **B) DE L'UTILITE DE LA CAUSE DANS LE CAUTIONNEMENT**

Cantonnée jadis à un rôle minime, la cause est progressivement revenue sur le devant de la scène juridique. Elle est devenue au fil du temps « un nouvel instrument juridique pour assurer l'utile et le juste dans le contrat »<sup>398</sup>, une sorte de « police du contrat »<sup>399</sup> qui viendrait moraliser les rapports contractuels<sup>400</sup>, notamment en opérant un contrôle de l'équilibre du contrat<sup>401</sup>. En effet, elle permet de condamner les contrats dont la cause est illicite ou immorale<sup>402</sup>. En cela, l'utilité de la cause est alors indiscutable pour assurer le respect de l'ordre public. En outre, elle a acquis une nouvelle utilité ! Elle est devenue, toujours dans un souci de moralisation du contrat, un instrument de contrôle de l'équilibre du contrat<sup>403</sup>. Sanctionnant les conventions dont la cause serait illicite ou immorale, son utilité aux de beaucoup devient incontestable. Ces propos prometteurs laissent envisager de belles perspectives dans la protection de la caution. Mais cet enthousiasme est de courte durée car, la cause dans le cautionnement, nous l'avons compris, est porteuse de complexité. Les divergences doctrinales et jurisprudentielles alimentées par la présence de deux notions de la cause amplifient ce sentiment de confusion qu'on décèle dans la pratique. Difficile alors de savoir quelle cause, objective ou subjective, a été appliquée à l'affaire saisie par les juges<sup>404</sup>. Aussi, dès lors que les cautions, toujours soucieuses de ne pas respecter leur obligation, n'hésitent pas à l'invoquer, la cause mérite une attention particulière.

Cette évidence engage à rechercher l'intérêt pratique de la cause d'abord sous l'angle de la cause objective. Cette piste privilégiée par la jurisprudence, met l'accent sur la fonction économique du cautionnement<sup>405</sup>. Le contrat de cautionnement a pour finalité le paiement de l'obligation principale si le débiteur venait à être défaillant. Ce qui signifie que la libération de la caution ne pourrait être envisagée que si l'obligation principale n'existait pas. Or, dans

---

<sup>398</sup>J.P Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle », JCP.I. 1998. p.152 ; J.M. Gueguen, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999, Chron. p.312 ; O. Tournafond, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », D. 2008, Point de vue, p.2607 ; P. Catala, « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », Defrénois, 2008, art. 38866 ; X. Lagarde, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », D. 2007, Chron. p. 740 ; Du même auteur : « L'objet et la cause du contrat, entre actualité et principes », LPA 2007, n°70, p.6.

<sup>399</sup>J. Mestre, RTDciv. 1997, p. 116.

<sup>400</sup>J.P. Chazal, préc. J.M. Gueguen,préc. ; O. Tournafond, préc. ; X. Lagarde, préc.

<sup>401</sup>J.M. Gueguen, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle »,op.cit.

<sup>402</sup>Par exemple, le cautionnement est annulable pour cause illicite lorsqu'elle garantit le paiement d'une soultte occulte : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mars 1998, JCP.E.1998, p. 1601, note Jacob ; JCP.G. I. 1999, p.116, n°2, obs. Ph. Simler.

<sup>403</sup>J.P Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle, préc.

<sup>404</sup>Ch. Atias, « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », Mélanges M. Cabrillac, p.349.

<sup>405</sup>Ch. Atias, « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », op.cit.



la pratique, une telle hypothèse est peu concevable. Dès lors que le garant assure l'exécution d'une obligation, la sûreté personnelle a fondamentalement une cause. Aussi, la nullité du cautionnement pour absence de cause devient illusoire.

Aussi, le besoin de simplification nous incite à réaffirmer, comme dans le cas de l'objet, qu'il suffit pour anéantir la sûreté de rattacher le sort du cautionnement à l'obligation qu'il garantit. Dans ce contexte, le caractère accessoire vole la vedette à la cause qui devient de faible intérêt. La cause objective paraît inadaptée au contrat de cautionnement. Malgré les critiques qui lui sont adressées, la jurisprudence continue pourtant à s'y référer.

Quant à la conception subjective, elle va aussi vite démontrer que les problématiques touchant à la cause n'ont guère évolué. En effet, « le motif impulsif et déterminant » qui a poussé la caution à contracter doit, en principe, permettre de contrôler la licéité et la moralité du cautionnement au stade de sa formation. Sauf que dans la pratique, la nature illicite ou immorale de l'engagement de la caution à travers ces motifs déterminants est rarement retenue<sup>406</sup>. La nullité du contrat s'obtient davantage par application du caractère accessoire lorsque « l'illicéité du contrat de cautionnement est la conséquence de l'illicéité du contrat principal »<sup>407</sup>. Aussi, comme l'énoncent Messieurs Cabrillac et Mouly, « le motif, ou la cause subjective est d'application aisée au cautionnement puisqu'il suffit de contrôler que les intentions de la caution ou du créancier ne sont pas contraires à la morale ou à l'ordre public. »<sup>408</sup>.

Reste qu'à côté de ces difficultés, les cautions veulent faire jouer à la cause subjective un rôle qui s'étendrait au-delà de la formation du contrat, pour lui donner une existence au cours de la vie du cautionnement en invoquant sa disparition suite à un changement affectant une des parties à l'opération de cautionnement.

Nous avons apporté quelques fragments de réponses à cette problématique dans le développement consacré à l'influence du rapport « débiteur-caution » sur la protection de cette dernière en soulignant l'importance de la prise en compte du débiteur principal<sup>409</sup>. Les motifs avancés par la caution ne seront donc pris en considération que s'ils sont illicites ou immoraux. Mais conformément au droit commun des obligations, la jurisprudence a du mal à voir la cause « comme un élément permanent, devant être présent en cours d'exécution du

---

<sup>406</sup> Ch. Atias, « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », op.cit.

<sup>407</sup> X. Lagarde, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », op. cit.

<sup>408</sup> M. Cabrillac et C. Mouly, op. cit. , n°99, p.100.

<sup>409</sup> Chap. 1 ; section 2 ; §2.

contrat »<sup>410</sup>. De fait, les motifs tirés du rapport « débiteur-caution » n'étant pas entrés dans le champ contractuel ne peuvent constituer la cause du cautionnement susceptible d'avoir une incidence lors de leur disparition en cours de contrat<sup>411</sup>. C'est pourquoi, par exemples son divorce avec son conjoint cautionné ou la cessation de ses fonctions dans la société cautionnée n'affecteront en principe en rien le cautionnement. L'incidence de ces changements ayant déjà été développée<sup>412</sup>, notre réflexion se portera alors sur le sort du cautionnement en cas d'opérations de restructuration, et plus spécifiquement dans le cadre de la fusion. Ce choix est motivé par l'important contentieux que cette question suscite et l'intérêt que lui porte la doctrine<sup>413</sup>.

Au même titre que lorsqu'elle s'engage la caution prend en considération la personne du débiteur et celle du créancier, la société qu'elle cautionne et la société créancière entrent également en ligne de compte dans sa prise de décision de contracter. Cette considération constitue la cause de son engagement. Aussi, en vertu de « l'intuitus personae » qui touche le cautionnement<sup>414</sup>, l'extinction de la sûreté devrait pouvoir être invoquée par la caution<sup>415</sup>.

Mais l'importance qu'on pourrait attacher à ce caractère de « l'intuitus personae »<sup>416</sup> ne doit pas faire oublier celle de la transmission universelle qui caractérise la fusion<sup>417</sup>. Lequel de ces principes est-il privilégié par la jurisprudence ? La réponse n'est pas radicale et varie en

---

<sup>410</sup>Ch. Atias, « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », op.cit.

<sup>411</sup>Aussi, il est précisé que « la modification ou la disparition des liens de fait ou de droit susceptibles d'exister entre la caution et le cautionné n'emporterait pas à elle seule le désengagement de la caution » : Cass. com. 17 octobre 2000, arrêt inédit, n°97-15512, RJDA 2000, n°232, p. 206 ; Cass. civ. 17 juillet 1996, Bull. civ. III. n°193 ; Defrénois 1996, art. 36434, p.1357, obs. Ph. Delebecque : « l'existence de la cause doit s'apprécier à la date où l'obligation est souscrite » ; Cass. com. 15 octobre 1991, RTDcom. 1993, p.327, obs. C. Champaud ; JCP.G.1992.II. 21923, note Ph. Simler ; Cass. com. 8 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973 .1. p.143, note D. Martin ; D.1973, p.753, note Ph. Malaurie ; RTDcom. 1973, p.294, obs. R. Houin.

<sup>412</sup>Chap. 1 ; section 2 ; §2.

<sup>413</sup>N. Morelli, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », Bull. Joly Sociétés, juillet 2004, p.933 ; Grillot et ST. Cène, « Le cautionnement et la garantie des créances nées postérieurement à une fusion de sociétés », Banque et Droit, 9 octobre 1994, p.3 ; L. Legouet, « L'incidence des fusions des banques sur les garanties », Banque et Droit, mai-juin 2009, p.19 ; A. Prüm, « Fusions de banques et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », RD. bancaire et financier, janvier-février 2006, p.1 ; G. Damy, « Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine », Droit et Patrimoine, n°129, septembre 2004, p. 46.

<sup>414</sup>D. Houtcieff, « Contribution à l'étude de l'intuitus personae : Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », Rev. trimestrielle de droit civil, janvier-mars 2003, p.3.

<sup>415</sup>Ex. Cass.com. 10 octobre 1995, Bull. Joly Sociétés, décembre 1995, note M.L. Coquelet ; Cass.com. 20 janvier 1987, Rev. des Sociétés, 1987, p.397, obs. O. Barret.

<sup>416</sup>« L'intuitus personae constitue « un baromètre », un véritable instrument de prévision juridique quand à l'étendue et à la durée de son engagement » : N. Morelli, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », op. cit.

<sup>417</sup>Et qu'affirment l'article 236-3 du Code de commerce et l'article 1844-4 du Code civil.

fonction des circonstances de la fusion qui peut avoir plusieurs facettes<sup>418</sup>. Les solutions jurisprudentielles s'articuleront autour de la distinction fondamentale opérée par Monsieur Mouly, entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture<sup>419</sup>.

Si l'obligation de règlement dans le cadre de la fusion ne pose aucune difficulté particulière et s'inscrit logiquement par son maintien à l'égard de la caution puisque cette obligation « à exécution instantanée » est de nature patrimoniale qui ne peut s'éteindre que par l'extinction de l'obligation principale<sup>420</sup>. Donc sa naissance engendre son exécution.

Dès lors, le problème majeur se situe au niveau de l'obligation de couverture de la caution. L'indulgence ou la sévérité des juges dépendra selon qu'on se trouve en présence d'une fusion touchant la société débitrice ou d'une fusion-absorption de la société créancière.

Dans la première hypothèse, la solution jurisprudentielle est constante et il ressort que seules les dettes nées avant l'opération de fusion restent à la charge de la caution<sup>421</sup> ; transposant ici ce qui est admis à l'égard des héritiers en cas de décès de la caution personne physique<sup>422</sup>.

La fusion-absorption du débiteur n'entraîne le maintien de l'obligation de couverture qui reprend les dettes postérieures à l'évènement que si la caution exprime « de façon expresse » sa volonté de s'obliger à l'égard de la nouvelle société<sup>423</sup>.

Dans le cas d'une fusion-absorption de la société créancière, la caution demeure également engagée à l'égard des dettes antérieures à ladite opération. En revanche, c'est au stade de l'obligation de couverture que la caution va déchanter. En effet, si auparavant, le garant devait en raison de « l'intuitus personae », « accepter expressément la garantie des dettes postérieures à la fusion »<sup>424</sup>, elle doit dorénavant être prévoyante en insérant dans le contrat une clause exprimant sa volonté de voir le cautionnement s'éteindre lorsque le créancier est absorbé<sup>425</sup>. S'appuyant sur l'article L.236-3 du Code de commerce, la Haute juridiction retient

---

<sup>418</sup>E. Casimir, « Fusion et cautionnement », Mémoire, Univ. Paris II, Panthéon-Assas, 2006.

<sup>419</sup>C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, op. cit.

<sup>420</sup>C. Mouly, préc.

<sup>421</sup>Ex. Cass.com.21 janvier 2003, n° 97-13.027 ; Cass.com. 6 octobre 2001, RJDA février 2002, n°154 ; Cass.com. 23 mars 1999 ; JCP E 1999, p.1012, note A. Couret ; Cass.com., 17 juillet 1990, n°89-11-059 ; JCP E 1991.II. 143, obs. V. Grellière ; pour d'autres exemples encore plus anciens, voir D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op.cit.

<sup>422</sup>Cass. Com. 9 juin 1982, n°80-14.160 ; RTDciv. 1983.345 note Ph. Rémy ; D.1983.360, obs. Ch. Mouly ; Rev. Sociétés, 1982, note M. Cabrillac : « Les héritiers ne sont pas tenus au paiement des dettes nées postérieurement au décès de la caution ».

<sup>423</sup>Ex. Cass.com. 3 octobre 2000, n°96.20.778, Banque et Droit, novembre-octobre 2001, p.44, note N. R. ; Cass.com. 25 novembre 1997, n°95-16.842 ; Cass.com.17 juillet 1990, n°89-11-059.

<sup>424</sup>Ex. Cass. Com. 20 janvier 1987, n°85-14.035 ; Cass.com. 6 mars 1978, n°76-14.152.

<sup>425</sup>Cass.com. 16 septembre 2014, n°13.17.779.

que « l'intuitus personae » n'a pas à jouer de rôle lorsqu'il a trait à la personne du créancier<sup>426</sup>, sauf « volonté contraire exprimée par la caution »<sup>427</sup>. En faisant prévaloir la transmission universelle de patrimoine sur « l'intuitus personae » de l'engagement de la caution, la Cour de cassation permet de simplifier les opérations de restructurations en garantissant une sécurité juridique aux créanciers, notamment aux banques qui en sont les premières bénéficiaires<sup>428</sup>.

La protection excessive tant décriée par certains en la matière a perdu de son intensité. Et on imagine combien il sera difficile pour les cautions d'intégrer dans le contrat de cautionnement cette clause<sup>429</sup> face aux créanciers bien décidés à se ménager une sûreté efficace.

### Conclusion

Ainsi, dans leur stratégie de déchargement de leur obligation de garantie, les cautions se sont emparées de cet instrument de protection qu'est la cause. Fréquemment soulevée, cette cause ne leur a certes pas toujours permis d'avoir satisfaction auprès des tribunaux guidés par les impératifs de sécurité juridique, mais elle demeure un outil « de justice contractuelle entre les mains du juge »<sup>430</sup> susceptible d'évolution en leur faveur.

Bien sûr, la théorie de la cause semble avoir du mal à trouver sa place dans le cautionnement et laisse apparaître des insuffisances dans la protection de la caution. Elle fait subsister beaucoup trop de zones d'ombres. Néanmoins, un point primordial se manifeste. Initialement destinée à jouer un rôle protecteur lors de la formation du contrat, la cause s'étend à son exécution. Cette nécessité poussée par les besoins d'équité à l'égard des cautions donne à la cause subjective un rôle intéressant puisqu'elle constitue « un critère de contrôle de la moralité et un certain équilibre des prestations. La moralité est contrôlée à travers l'examen

---

<sup>426</sup>« L'intuitus personae » intéresse davantage le changement du débiteur principal.

<sup>427</sup>Solution déjà énoncée sous Cass.com. 8 novembre 2005 ; Droit et Patrimoine, février 2006, 126, obs. Ph. Dupichot ; JCP E 2006, 1000, obs. D. Legeais ; JCP G 2005.II.10170, note D. Houtcieff.

<sup>428</sup>L. Legouet, « L'incidence des fusions des banques sur les garanties », op.cit. ; A. Prüm, « Fusions de banques et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », op.cit.

<sup>429</sup>Qui permettrait certes « d'anticiper en toute sécurité un événement futur » : F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, Les obligations, op.cit. n°1122, p.901.

<sup>430</sup>B. Roman, « La cause, une notion aménagée par la Cour de Cassation pour les cautions ? », Cah. Dr. Entr. 3/2003, p. 9.

des mobiles des parties »<sup>431</sup>. Elle permet ainsi de faire coïncider la réalité des faits avec la volonté de la caution<sup>432</sup>. Pour ce faire, le rapport triangulaire de l'opération de cautionnement doit être pris en compte. Certaines solutions laissent entrevoir des ouvertures favorables aux cautions<sup>433</sup>.

Aussi, si la cause objective est vouée à voir son rôle fortement réduit en raison des caractères accessoire et unilatéral du cautionnement<sup>434</sup>, la cause subjective, plus spécifiquement au niveau de l'exécution du contrat, n'a pas fini de faire parler d'elle.

### **Conclusion sur les moyens traditionnels de protection de la volonté de la caution**

Les moyens traditionnels de protection de la volonté, que sont la théorie des vices du consentement, la cause ou l'objet, montrent inexorablement leurs limites. Car, si effectivement ils soulignent l'importance de la volonté de la caution dans le processus de formation du contrat de cautionnement, leur capacité à la restaurer et à la conforter demeure très imparfaite.

Mais il y a plus redoutable, l'immobilisme. Si puissant soit-il, il fige la pensée dans un monde qui évolue et même dont l'évolution s'accélère, laissant à la traîne le cautionnement pourtant au grand potentiel. On court ainsi le risque de desservir la caution, surtout profane, celle dont on veut marquer la vulnérabilité. Aussi, face au devoir de fidélité à la réalité pratique, de nouveaux moyens de défense devront être exploités à titre préventif, afin d'exprimer au mieux la volonté de la caution (TITRE 2).

---

<sup>431</sup> Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>432</sup> D. Legeais, Droit des sûretés et les garanties de crédit, op.cit.

<sup>433</sup> Ex. Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2005, op. cit.

<sup>434</sup> D. Grimaud, Le caractère accessoire du cautionnement, op.cit. ; D. Legeais, op. préc.

## **TITRE 2 : L'AMELIORATION DE LA VOLONTE DE LA CAUTION PAR DES PROCEDES D'AIDE A LA DECISION**

« Ne pouvant faire que le juste soit fort, on a fait que le fort soit juste »

Pascal

« Sans garantie point de crédit ! ». Cette équation en dit long sur les pressions psychologiques et morales qui peuvent peser sur la future caution qui ne voit d'autre solution que d'aider son conjoint, un enfant ou un ami en donnant son consentement à un acte qui à première vue ne lui coûtera rien.

De fait, la décision de la caution, obstruée par des considérations économiques, sociales, morales fondées sur des sentiments familiaux ou amicaux<sup>435</sup>, n'est plus dans ce contexte de sa propre volonté. L'engagement de la caution se présentera davantage comme « un devoir de conscience » . On comprend dès lors que la multiplication des cautionnements et surtout l'importance des sommes garanties par les personnes concernées aient conduit le législateur et la jurisprudence à se saisir de ces problèmes et à encadrer la décision des cautions dans un contrat par lequel elles s'obligent à payer la dette d'autrui. Un acte considéré comme « contre-nature »<sup>436</sup>, qui dépasse l'entendement. Un contrat « anormal »<sup>437</sup> auquel adhèrent les cautions bien souvent sans rien attendre en retour. Nous sommes confrontés alors à une volonté complexe de la caution qu'il faut impérativement éclairer.

Aussi, face à l'ampleur des difficultés que rencontrent les cautions désarmées devant la technicité du contrat de cautionnement, il devenait nécessaire d'intervenir en amont en la protégeant par la délivrance d'informations régulatrices de la liberté contractuelle au sein de la sûreté personnelle (Chapitre 1), qu'il fallait ensuite nécessairement consolider par l'adoption de nouveaux comportements actifs du créancier (Chapitre 2).

---

<sup>435</sup> « Dès l'origine, le cautionnement utilisa les rapports familiaux pour les transformer en relations juridiques » : Matet, Le rôle de la caution, analyse de droit et de sociologie, Thèse Paris II, 1978, qui relève que « dès l'époque indo-européenne, la solidarité a servi de cadre juridique au cautionnement ». « L'ami charnel », forme de sûreté personnelle perçue au Moyen-Age, exigeait que les parties fussent parentes : J. M. Turlan, « Amis et Amis Charnels » d'après les actes du XIV<sup>ème</sup> siècle, Rev. historique de droit français et étranger, 1969, p.645.

<sup>436</sup> Ph. Thery, Sûretés et publicité foncière, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1998, Coll. Droit fondamental.

<sup>437</sup> Ph. Thery, préc.

## **CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR UNE INFORMATION**

### **REGULATRICE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE**

« Prenant le risque d'autrui, la caution se dessine naturellement à l'improbable, voire, l'imprévisible lorsqu'il s'agit de mesurer la portée et l'évolution de son engagement. Son information par le créancier s'impose alors comme une mesure de justice et de protection »<sup>438</sup>.

Par réaction contre l'individualisme excessif du XIX<sup>ème</sup> siècle, une certaine solidarité contractuelle va se développer dans le cautionnement, créant ainsi une sorte « d'affectio contractus », dont l'obligation d'information en sera une manifestation majeure<sup>439</sup>. En effet, « l'esprit de solidarité et de coopération que commandent les relations contractuelles invoquent que les contractants se renseignent et s'informent loyalement sur le contenu du contrat »<sup>440</sup>. L'inclusion dans le cautionnement de solidarisme contractuel s'impose alors comme une évidence (Section 1), que le législateur et la jurisprudence vont encourager en instaurant un formalisme informatif (Section 2).

---

<sup>438</sup>J. Djoudi, « La sanction de l'obligation d'information annuelle de la caution », RD.bancaire et fin. 2007, mai-juin, p.60.

<sup>439</sup>B.Fages, Le comportement du contractant, préf. J. Mestre, PUAM, 1997 ; Thunis, « L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale », Mélanges Cabrillac, p313 ; M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, LGDJ, 1992, n°471 ; Clément, « Le banquier, vecteur d'informations », RTDcom.1997, p.215 ; M. Vasseur, « Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients », Banque 1983, p.943 ; Boyer, L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, Thèse Aix 1977 ; Lucas De Leyssac, L'obligation de renseignement dans les contrats, in L'information en droit privé, LGDJ, 1978, ss. dir. de Loussouar et Lagarde, p.305 ; M. De Juglart, « L'obligation de renseignement dans les contrats », RTDciv. 1945, n°1, p.1 ; P. Mistretta, « L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive », P.A. 5 juin 1998, p.5.

<sup>440</sup>B. Fages, « Le comportement du contractant », op. cit.

## **SECTION 1 : L'INCLUSION DANS LE CAUTIONNEMENT DE SOLIDARISME**

### **CONTRACTUEL**

Structurellement déséquilibré, le contrat de cautionnement laisse peu de place d'expression à la caution qui subit plus qu'elle n'agit (§1). Pour renverser cette tendance, ou tout le moins pour réajuster l'inégalité existante, le respect d'une information précontractuelle due à la caution par le créancier doit vivement y contribuer (§2).

### **§1) LE CAUTIONNEMENT, UN CONTRAT STRUCTURELLEMENT**

#### **DESEQUILIBRE**

Dans la réalisation du contrat de cautionnement, la caution a peu de marge de manœuvre. Or, on sait pertinemment que l'absence de phase de négociation augmente le risque de vices du consentement et l'inégalité entre les contractants est d'autant plus forte.

Lorsqu'on observe le contrat de cautionnement, celui-ci possède toutes les caractéristiques du contrat d'adhésion<sup>441</sup>. La nature contractuelle de ce contrat d'adhésion a soulevé de vives critiques chez Monsieur Saleilles et de nombreux auteurs après lui qui dénoncent l'hypocrisie d'un tel engagement en soulignant que « le contrat d'adhésion n'a de contrat que le nom »<sup>442</sup>. En effet, le libre exercice de la volonté individuelle dans ce dernier fait défaut. Les conditions générales du contrat s'imposent à l'adhérent qui n'a d'autre choix que de les accepter. Dès lors, « le contrat n'est plus le lieu de rencontres et de conciliations d'intérêts divergents, mais le moyen pour la partie la plus forte de dicter ses propres conditions »<sup>443</sup>. Pour s'en convaincre,

---

<sup>441</sup>C'est en 1901 que le terme de "contrat d'adhésion" est apparu dans l'ouvrage de Saleille, « De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand », Pichon, 1901. Pour un développement sur les idées de l'auteur, voir l'article « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », par P.Y. Gautier et F. Chénéde, Revue des contrats, 1996.

<sup>442</sup>Saleilles, op. cit. ; Voir aussi sur « la prétendue nature contractuelle du contrat d'adhésion » : V. Pichon, Des contrats d'adhésion, Leur interprétation et leur nature, Thèse, Lyon, 1909 ; J. Dollat, Les contrats d'adhésion, Thèse, Paris, éd. Larose et Tenin, 1905 ; L. Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Félix Alcan, 2<sup>ed.</sup>, 1920 : « D'accord de volontés je n'en vois point ; je n'aperçois qu'une déclaration unilatérale de volonté » ; M. Hauriou, observation sous CE, 23 mars 1906, S. 1908, 3, p.17 : « Les actes d'adhésion n'ont de contractuel que le nom ; ce sont des adhésions à des actes de nature réglementaire ».

<sup>443</sup>J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en



l'exemple du cautionnement est édifiant.

En effet, les contrats de cautionnements se présentent sous la forme de contrats-types<sup>444</sup>. Cela signifie que des contrats dont la rédaction sera entièrement et préalablement réalisée par les créanciers, plus spécifiquement les établissements de crédits, seront présentés à la caution sans qu'elle puisse réellement répliquer. Ces professionnels se trouvent alors dans une position exclusive qui les conforte pour composer à leur guise les clauses du contrat de cautionnement<sup>445</sup> en n'hésitant pas à multiplier certaines stipulations destinées à réduire les droits des cautions ou au contraire en insistant sur certaines obligations particulières qui s'imposeront de fait à ces dernières<sup>446</sup>.

On devine alors les conséquences néfastes d'une telle attitude pour les cautions. Des aspects que Monsieur Mousseron avait bien exposés en déclarant que « l'absence de négociation qui caractérise ces contrats-types est la conséquence à la fois de la répétition des contrats entraînant des conditions contractuelles standardisées et d'un rapport de force se caractérisant par l'infériorité économique et psychologique de la partie à laquelle ces clauses sont opposées »<sup>447</sup>. C'est exactement ce qui arrive aux cautions qui ne peuvent qu'accepter en bloc ou refuser ces contrats standardisés proposés par les créanciers. Ne pouvant en discuter aucun terme, la négociation a donc peu de place dans cette sphère contractuelle totalement contrôlée par les créanciers qui dictent malheureusement leurs conditions aux cautions.

Dès lors, les cautions sont placées devant un choix crucial qui n'est pas sans nous rappeler celui qui s'offrait à Bossuet et à qui Dieu, « sans autre miséricorde que de lui laisser l'option de supplice », lui demanda « de choisir entre la famine, la peste et le choléra ». Autant dire que la position de la caution est peu enviable. Confrontées aux nécessités personnelles et professionnelles que représente la conclusion du cautionnement, les cautions n'ont d'autres alternatives que de se plier à ces conditions unilatéralement rédigées par leurs cocontractants.

---

droit européen , Rapport français , in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels , comparaisons franco-belges , sous la dir. de J. Ghestin et M. Fontaine , LGDJ , Bibl. de dr. privé, 1996 , T.261 , n°1 ; Voir également sur la question du pouvoir déséquilibrant, V. Lasbordes , Les contrats déséquilibrés , éd. Université Aix-Marseille 2000 ; J. Y. Choley , L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans les contrats d'adhésion , Thèse Aix 1974 ; G. Berlioz , Le contrat d'adhésion , LGDJ , Bibl. De droit , T.132 , 1975 , préf. Goldman ; A. Rieg , Contrat-type et contrat d'adhésion , in études de droit contemporain , 1970 ; A. Popovici , Les contrats d'adhésion , un problème dépassé ? , in Mélanges L. Baudoin , 1974 .

<sup>444</sup>A. Rieg , Contrat-type et contrat d'adhésion , préc.

<sup>445</sup>M.N. Jobard-Bachelier, V. Brémond, M. Bourassin, op.cit.

<sup>446</sup>Préc.

<sup>447</sup>J.M. Mousseron , « Technique contractuelle » , éd. Francis Lefebvre , 2ème éd. 1999, n°372.

En outre, ces contrats sont des imprimés-types<sup>448</sup> avec « des clauses stéréotypées et dactylographiées » qui sont bien souvent incompréhensibles par les cautions, surtout profanes<sup>449</sup>. Démunies devant la technicité de l'acte, ces dernières prennent uniquement connaissance de ces formules toutes faites qui demeurent pour la plupart complètement abstraites. Seule l'adhésion des cautions au contrat importe. D'ailleurs, cette demande d'adhésion est clairement affichée dès le début du contrat à travers une formule classique qui énonce plus ou moins que « l'engagement de caution présentement contracté comprend les clauses et conditions suivantes auxquelles la caution adhère sans exception ni réserve ». Les mots sont lâchés ! Le déséquilibre qui en découlera placera nécessairement la caution dans une position fortement handicapante.

Toutefois, l'adhésion n'en est pas moins l'expression d'une volonté<sup>450</sup>. C'est juste « un mode particulier d'acceptation »<sup>451</sup>. Selon certains auteurs, l'absence de négociation dans ces contrats pré-rédigés n'abolit pas totalement la volonté de l'adhérent<sup>452</sup>. Si son rôle est réduit, cette volonté demeure. Ainsi, comme a pu le souligner Monsieur Ghestin, « si l'on peut reprocher au contrat d'adhésion de permettre l'inclusion de clauses abusives, il a l'avantage de traduire au moins la volonté de l'une des parties et de constater l'adhésion de l'autre à cette volonté »<sup>453</sup>. C'est pourquoi, dans ce climat hostile, des mécanismes de protection, véritables remparts à l'arbitraire des créanciers, deviennent indispensables. Aussi, longtemps occultée, l'information précontractuelle apparaît comme un bon compromis pour contrebalancer l'inégalité relevée dans le contrat de cautionnement et ainsi permettre à la volonté de la caution de mieux s'exprimer (§2).

---

<sup>448</sup> A. Rieg, *Contrat-type et contrat d'adhésion*, préc ; M.N. Jobard-Bachelier, V. Brémond, M. Bourassin, op.cit.

<sup>449</sup> Préc.

<sup>450</sup> V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, op.cit.

<sup>451</sup> D. Dereux, « La nature juridique des contrats d'adhésion », *RTDciv.*1910, p.507.

<sup>452</sup> Marty et Raynaud, *Droit civil*, Paris, 1962, T.II.V.I, p.103 : « [...] », une discussion des clauses de la convention n'a jamais été considérée comme une condition de validité du contrat et elle peut parfaitement aboutir à une capitulation du plus faible des contractants devant les exigences du fort », p.106 ; G. Ripert, « Pour la formation du contrat, la loi exige deux consentements, elle ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés », *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 1949.

<sup>453</sup> Ghestin, *Le contrat*, op. cit.

## **§2) LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR UNE INFORMATION PRECONTRACTUELLE**

La mise à la charge du créancier d'un devoir d'information de la caution ne va pas de soi. N'oublions pas que ladite caution a normalement le devoir de s'informer pour assurer la défense de ses intérêts<sup>454</sup>. A l'origine, aucune obligation générale d'information de la caution n'existe en droit commun du cautionnement<sup>455</sup>. Cela se justifie traditionnellement par le caractère unilatéral du cautionnement. De fait, la caution était tenue de se renseigner elle-même sur la situation du débiteur qu'elle cautionne. Une règle de bon sens que la jurisprudence n'hésitera pas à rappeler dans différents arrêts<sup>456</sup>. En outre, « il n'est pas raisonnable d'attendre du créancier qu'il se montre à l'égard de la caution ouvert au point de l'éloigner de souscrire l'engagement dont il ressent pourtant lui même le désir »<sup>457</sup>.

Mais la position de faiblesse inhérente à la situation de la caution par rapport au créancier aura eu raison de ce principe<sup>458</sup>. Lorsqu'il entreprend une opération, le créancier et plus spécifiquement le prêteur d'un crédit, raisonne en termes de stratégie. Pour prendre sa décision, il essaie de la conceptualiser au maximum en évaluant les tenants et les aboutissants du problème et les réalités sous-jacentes que sa décision devra satisfaire. Malheureusement, ce n'est pas le cas de la caution qui ignore même parfois l'objet de la garantie et ses incidences. Or, « l'ignorance, mère de la légèreté peut conduire une personne à se prendre toute seule les pieds dans un tapis qu'elle avait pris soin de dérouler sans l'aide de personne »<sup>459</sup>.

---

<sup>454</sup>M.N. Capogne-Charles, De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat, Thèse, Toulouse, 1988.

<sup>455</sup>Sur l'évolution de cette obligation d'information : M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, Thèse, Paris, 1992, préf. J. Ghestin, Bibl. de droit privé Tome 221 ; J.J. Barbieri, Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat, Thèse Toulouse, 1981.

<sup>456</sup>Ex. Cass.com.29 janvier 2002, Bull.civ.IV, n°21 ; JCP.2002, I, p.162, obs. Simler ; D.2002, p.716, note Lienhard ; RTDciv. 2003, p.124, obs. Crocq ; Cass.1ère civ., 19 mars 1985 ; Bull.civ. I, n°98 ; RTDciv. 1986, p.341, obs. J. Mestre ; Cass.com. 16 février 1982 ; D.S 1982, p.492, obs. Vasseur.

<sup>457</sup>L.M. Martin, « L'information de la caution », Mélanges de Juglart, LGDJ, 1986, p.155.

<sup>458</sup>M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, préc.

<sup>459</sup>B. Jarroson, « Décider ou ne pas décider ?, Réflexion sur les processus de la décision », Maxima éditeur, Presses universitaires de France, Paris 2000.

De fait, protéger le consentement des cautions lors de la formation de la convention est devenu une priorité du législateur et de la jurisprudence qui entendent bien agir en amont, de façon préventive, afin d'éradiquer les abus de certains créanciers à l'égard de ce cocontractant « si spécial ».

Toutefois, la transmission d'une information par le créancier doit-elle faire l'objet d'une obligation ? Le créancier peut-il dissimuler à la caution des informations éminemment importantes pour elle. Assurément que non ! La morale, l'équité lui commandent l'honnêteté, la transparence car, « en présence d'un contrat, la conscience morale se montre toujours choquée de l'inégalité des contractants par laquelle l'une des parties se trouvant, en état d'infériorité par rapport à l'autre est obligée en quelque manière de subir la volonté du plus fort »<sup>460</sup>. La morale vient ainsi éclairer le contrat de ses vertueux bienfaits<sup>461</sup>.

Mais morale et droit sont deux notions complexes qu'il faut conjuguer ou articuler avec prudence<sup>462</sup>. Des liaisons dangereuses qui peuvent vite devenir un vrai casse-tête. Injecter de la morale dans le contrat de cautionnement, oui mais en veillant à ne pas dénaturer l'essence même de la sûreté dont la fonction fondamentale est de protéger le créancier en cas de défaillance du débiteur principal. Mettre trop de freins à cette qualité sous couvert de morale, serait une énorme erreur.

Néanmoins, prudence ne veut pas dire qu'il ne faut rien faire. Aussi, la conquête du contrat de cautionnement doit passer par une série d'obligations auxquelles les créanciers doivent répondre afin de traiter l'inégalité de fait de façon préventive en jugulant le mal à sa source. Dès lors, pour exprimer un consentement libre et éclairé, la caution doit pouvoir obtenir du créancier une information complète et précise.

---

<sup>460</sup>G. Bastide, Traité de l'action morale, T.1, Analytique de l'action morale, PUF, 1961, p.256 ; voir aussi sur cet aspect de la morale, M-E. Gharbi, L'obligation d'information dans les contrats, Thèse Paris-Val de Marne, 1994.

<sup>461</sup>G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4ème éd. 1949, n°48: « Ce qui est vrai, c'est que, dans la plupart des contrats, il y a opposition d'intérêts entre les contractants. Chacun est le gardien de ses propres intérêts et doit par conséquent se renseigner lui-même. Il n'y a donc rien de coupable à ne pas donner à l'autre partie des indications qu'elle aurait pu se procurer elle-même. Mais la solution change et la réticence devient coupable si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre ».

<sup>462</sup> Sur les rapports entre la morale, le droit, la banque, voir un dossier très instructif et fourni dans la Revue de droit bancaire et financier, mai-juin 2014, p.73 à 101.

Le terme d'information recouvre des réalités diverses<sup>463</sup>. Etymologiquement, deux acceptations peuvent être avancées<sup>464</sup>. Dans une première définition, l'information est issue du mot latin « informare » qui renvoie à « l'action de façonner », de mettre en forme<sup>465</sup>. Elle renvoie donc à l'aspect descriptif de l'information. Dans la seconde hypothèse, l'information tirerait sa racine du latin « informatio » de « informatum » qui exprime « l'esquisse », « la conception » et qui s'attache à son aspect dynamique qui se réfère, à travers l'action, au savoir que va saisir la caution. Ainsi définie, cette information va alors guider et conditionner le consentement de la caution qui s'apprête à s'engager<sup>466</sup>. Dans cette optique, le droit se doit de protéger l'éclosion de cette information pour orienter la décision de la caution.

Chaque décision est un jugement à risque. Et à moins d'intégrer certains éléments au processus de décision et de procéder par étapes, la caution ne parviendra pas à prendre une décision rationnelle, d'autant que ladite caution réagit le plus souvent de façon excessive en décidant impulsivement. Cette dernière risque alors d'emprunter des routes non éclairées qui la mèneront à sa perte.

Dès lors, on présuppose de manière implicite que les cautions n'ont ni le discernement, ni le pouvoir requis pour prendre objectivement une bonne décision. Lorsqu'on perçoit les limites de son savoir sur l'engagement qu'elle prend, on considère alors par exemple qu'accorder à la caution un délai de réflexion supplémentaire permet à celle-ci de traiter de nouvelles données et d'identifier de nouvelles options, notamment celle au final de ne pas contracter au regard du danger qui la guette. La prise de décision efficace met en exergue plusieurs qualités indispensables dont la prudence et la capacité à faire un choix à partir d'informations essentielles et utiles<sup>467</sup>. Elle doit pouvoir clairement comprendre l'objet de la garantie et ses conséquences, afin de juger efficacement de l'intérêt du contrat de cautionnement. La décision se fonde alors bien sur l'information.

---

<sup>463</sup>Pour un développement sur la notion et son évolution voir M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, op.cit.

<sup>464</sup>Dictionnaire Larousse, 2013.

<sup>465</sup>Pour reprendre les termes du dictionnaire

<sup>466</sup>M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, op.cit.

<sup>467</sup>R. Kast, La théorie de la décision, op. cit. ; B. Jarroson, Décider ou ne pas décider ? Réflexion sur les processus de la décision, op.cit.

Face à cette évidence, le législateur va peu à peu soumettre certains contrats de cautionnement, dès leur conclusion, à une obligation d'informer la caution. Considérant son importance, ce droit devient même la principale obligation mise à la charge des créanciers. Elle est notamment consacrée par la loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles<sup>468</sup>. Ses dispositions tendent à responsabiliser les établissements de crédit en exigeant d'eux une meilleure information des cautions concernées. Les lois Neiertz, âprement fustigées, non certes pas permis de résoudre tous les problèmes liés au surendettement, mais elles ont eu le mérite d'avoir donné une impulsion au dispositif protecteur des cautions qui, jusque là ne trouvaient véritablement réponses que dans les règles de droit commun<sup>469</sup>.

En effet, dans les lois Scrivener de 1978 et 1979 les cautions n'étaient pas spécialement protégées. Il a donc fallu attendre les lois Neiertz pour voir se dessiner les premières règles protectrices des cautions édictées par le législateur en matière de crédit immobilier et de crédit à la consommation. A partir de là tout s'accélère. Le respect d'un formalisme rigoureux, l'obligation d'information, l'interdiction de conclure avec la caution un cautionnement manifestement disproportionné, doivent réguler la liberté contractuelle en améliorant l'information de ladite caution sur la portée de son engagement. Mais c'est vraiment la jurisprudence qui va hisser cette information précontractuelle au rang d'impératif auquel les créanciers professionnels ne peuvent déroger, sous peine de voir leur responsabilité engagée<sup>470</sup>.

A travers ces mesures préventives, le législateur et la jurisprudence font le pari que, suffisamment informée, la caution pourra se confronter à ses hésitations résultant des ambiguïtés du cautionnement. Le contrat ne saurait désormais être réduit à un monologue. Doit alors s'instaurer une certaine « éthique » de la discussion entre le créancier et la caution

---

<sup>468</sup>Ph. Delebecque, « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », D.1990, p.255; A. Piedelievre, « Les modifications apportées par la loi du 31 décembre 1989 à certains cautionnements », Gaz. Pal. 1990, p.157; F. Mouldal, « La protection accrue de la caution à l'issue de la loi du 31 décembre 1989 », Les Petites Affiches, 26 février 1990, p.17; M. Vion, « Information et protection des cautions et des emprunteurs en matière de crédit immobilier après la loi du 31 décembre 1989 », Defrénois, 1990, art.34746, p.321; G. Paisant, « La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages », JCP.1990.I.3452; J. Jamet, « Les créances immobilières et la loi sur les surendettements », L'actualité juridique, Propriété immobilière, 1990, p.410; P.L. Chatain, « La loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés », ALD 1990, p.43.

<sup>469</sup>A. Piedelievre, « Les modifications apportées par la loi du 31 décembre 1989 à certains cautionnements », op.cit.

<sup>470</sup>D. Legeais, Droit des sûretés et garanties de crédit, op.cit.

dont l'articulation sera assurée par les interventions législatives et jurisprudentielles.

Néanmoins, suffit-il que le créancier ait su quelque chose et qu'il n'en ait rien dit pour que la caution soit déchargée de toute obligation ? Il serait vain de croire en une chose aussi nuisible pour la sécurité juridique. La réticence du créancier ne sera sanctionnée par les juges que dans la mesure où la caution n'était pas en capacité de se renseigner par elle-même<sup>471</sup>. En d'autres termes, chaque fois que cette dernière pouvait aisément accéder à ladite information de part ses connaissances, de sa position dans l'entreprise cautionnée ou de ses liens étroits avec le débiteur principal, elle ne pourra échapper à ses responsabilités contractuelles<sup>472</sup>.

Dès lors, on assiste à un droit d'information circonstancié, obligatoire ou facultatif en fonction de la situation de la caution<sup>473</sup>. Une démarche qui nous semble plutôt logique, et qui doit faire de cette obligation d'information un instrument de protection majeur au bénéfice des cautions profanes exposées davantage aux méandres du cautionnement<sup>474</sup>.

C'est pourquoi, s'il est opportun de protéger les cautions, cela doit se faire à juste titre si l'on souhaite que l'utilité de la sûreté soit sauvegardée<sup>475</sup>.

Mais au demeurant, de son côté le créancier, quelle que soit la qualité de la caution, a tout intérêt à l'informer pour déminer les conflits liés aux futurs impayés. Il doit intégrer à son raisonnement stratégique cet élément s'il ne veut pas en outre qu'on lui reproche son manque de loyauté, voire même sa collusion avec le débiteur principal<sup>476</sup>.

Cette obligation d'information précontractuelle apparaît aux yeux de certains comme « un progrès considérable du droit, comblant une lacune du Code civil qui, pour l'essentiel n'offrait jusque là que des moyens-au demeurant limités- de correction a posteriori, tels

---

<sup>471</sup>Ex. Lyon 3 décembre 1982, RTDcom. 1983, p.263, obs. Teyssié ; CA Paris, 18 janvier 1978, JCP1980.II.19318.

<sup>472</sup>P. Crocq, « Les droits récents de l'obligation d'information de la caution », Mélanges Cabrillac, Litec 1999, p.349.

<sup>473</sup>D. Villani, « Les cautions « informées » sont-elles soumises à un régime particulier ? », RTDcom., avril-juin 1995, p.291 ; Ch. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, op.cit. ; J. Vézian, La responsabilité du banquier en droit privé français, préf. M. Cabrillac, Librairies Techniques, 3<sup>è</sup>éd. 1983.

<sup>474</sup>D. Legeais, « La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », JCPE. 1998, p.1725.

<sup>475</sup>P. Crocq, Droit des sûretés, D.2012, n°24, p.1577.

<sup>476</sup>Mouly, Les causes d'extinctions du cautionnement, op.cit.

notamment , l'annulation des contrats pour vices du consentement »<sup>477</sup>. Les informations obtenues par la caution lui permettent d'avoir une certaine vue sur l'avenir.

De fait , l'affirmation de Fouillée « qui dit contractuel , dit juste » prend alors ici tout son sens. L'obligation d'information facilite l'entendement , « ce qui a été voulu ne peut être injuste » . Elle permet « à la volonté de renouer avec la raison »<sup>478</sup> . En effet , cette démarche informative , empreinte de rationalisme repose sur le postulat qu'aucune caution suffisamment raisonnable n'accepterait de conclure un contrat manifestement déséquilibré en sa faveur . De cette façon , l'obligation d'information permet de prévenir et ainsi éviter toute injustice dans le cautionnement . Ne dit-on pas qu' « il vaut mieux prévenir que guérir ? » . Dès lors, nous ne pouvons qu'inviter les différents protagonistes au cautionnement à méditer sur la nécessité d'informer ou d'être informé.

Malheureusement, trop d'informations tuent l'information. De nos jours , la caution est noyée par le flot d'informations qu'elle reçoit. La complexité des explications, parfois beaucoup trop techniques, ne lui permettent pas d'avoir le recul nécessaire pour extraire les informations les plus pertinentes. C'est pourquoi , certaines cautions résignées par tant de difficultés , finissent par s'en remettre à la confiance aveugle qu'elles placent en la personne du créancier . Comme a pu l'écrire Monsieur Carbonnier « celui auquel l'information est destinée , (...) en profit-il vraiment ? La transparence a été conçue dans son intérêt . Pourtant bien souvent le message ne passe pas (...) »<sup>479</sup>.

La caution se trouve irrémédiablement dépendante du créancier. C'est la raison pour laquelle on attend de ce dernier , au stade de la formation du cautionnement , un niveau de loyauté au delà de l'exigence normale de contracter de bonne foi<sup>480</sup>. Cette contrainte, nous aurons l'occasion de l'observer sous ses différentes formes dans les développements qui vont suivre, comme avec le formalisme informatif qui vient renforcer la protection de la caution (Section 2).

---

<sup>477</sup>Mouly , Les causes d'extinctions du cautionnement , op.cit.

<sup>478</sup>H. Carvais Rosenblatt, L'information, aspect de droit privé, Thèse Paris, 1991.

<sup>479</sup>Carbonnier, « Propos introductifs à un colloque sur la transparence », RJcom. 1993, n°spéc., p.9.

<sup>480</sup>C.Vuillemin-Gonzales, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions : un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », D. affaires 2001, p.3338.



## **SECTION 2 : L'ACCROISSEMENT DE LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR L'AVENEMENT D'UN FORMALISME INFORMATIF**

« Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté. Elle sert, en effet de contrepoids à l'attraction de la liberté vers la licence, elle conduit la liberté vers des voies sûres, où elle ne peut ni s'émietter, ni s'égarer, elle la fortifie au-dedans et la protège au dehors... ».

Extrait de Ihering, L'esprit du droit romain

La toute puissance de la volonté n'est plus. L'idée qui conduisait à affirmer que la volonté suffisait pour conclure le contrat et qui concluait que tout formalisme était superflu est désormais battue en brèche. L'accord de volontés ne peut suffire à lui-même sans avoir besoin d'être conforté par le respect de certaines formes<sup>481</sup>. L'impératif de protection de la caution doit nécessairement passer par là. Bien sûr, le consensualisme présente de nombreux avantages : simplicité, rapidité, économie et plus grande cohérence avec la théorie de l'autonomie de la volonté. Mais, dans un contexte d'inégalité économique des contractants, ces vertus se sont malheureusement révélées incertaines, comme en témoigne l'évolution du droit du cautionnement.

En effet, traditionnellement, le cautionnement est un contrat qui n'est soumis à aucune exigence de forme. Il suffit d'un consentement librement donné pour que le contrat existe sans l'accomplissement d'aucune autre forme ou formalité. Certes, en dépit de son caractère consensuel, le contrat de cautionnement, compte tenu de son caractère unilatéral et de l'absence le plus souvent de contrepartie, a été conçu strictement : il doit être, en vertu de l'article 2292 du Code civil<sup>482</sup>, « exprès et ne se présume point ». Cette exigence surprenante pour un contrat consensuel se justifie par le caractère non anodin que présente l'engagement de la caution, laquelle accepte de payer la dette d'autrui<sup>483</sup>. Il ne s'agit pas d'une condition de forme, même si la Cour de cassation a pu parfois combiner ce texte avec l'article 1326 du Code civil pour imposer un formalisme à ce contrat. Il prévoit seulement que l'engagement de

---

<sup>481</sup>H. Carvais Rosenblatt, L'information, aspect de droit privé, préc.

<sup>482</sup>Ancien art. 2015 C. civ.

<sup>483</sup>M.N. Jobard-Bachelier, V. Brémond, M. Bourassin, Droit des sûretés, op.cit.

la caution doit être formulé et constitue « une règle d'interprétation »<sup>484</sup>.

Aussi, il n'y a en principe aucune condition de forme pour conclure un contrat de cautionnement. Un cautionnement verbal est parfaitement valable, même si l'on risque de s'exposer à des difficultés d'ordre probatoire en raison du caractère unilatéral du contrat qui impose le respect de l'article 1326 du Code civ.<sup>485</sup>. La formule de l'article 2292 C. civ. signifie uniquement que la volonté de la caution de s'obliger doit être établie avec certitude et que l'on ne peut pas déduire une volonté tacite de sa part, à travers un simple comportement. « L'intention de la caution doit avoir été clairement et positivement exprimée »<sup>486</sup>.

Aussi, le cautionnement, à l'opposé par exemple de la fidejussio de l'époque franque, pour la formation de laquelle certaines solennités étaient requises<sup>487</sup>, tel qu'envisagé dans le Code civil, a toujours été rangé dans la catégorie des contrats consensuels<sup>488</sup>. L'engagement en qualité de caution ne requiert donc en principe aucune formule sacramentelle. Pour certains auteurs, ce caractère consensuel rattaché au cautionnement ne fait aucun doute<sup>489</sup>.

Mais le consensualisme a ses limites. Il présente notamment l'inconvénient de « rendre la distinction incertaine entre les comportements qui relèvent d'une véritable volonté de contracter (...) et ceux qui ne traduisent qu'une simple intention sans valeur juridique »<sup>490</sup>. C'est pourquoi, en raison du caractère dangereux de l'engagement de la caution, plus spécialement pour certaines catégories de cautions présumées faibles, que le législateur et la jurisprudence ont dérogé au principe du consensualisme<sup>491</sup> en appliquant avec une certaine rigueur l'exigence d'une mention manuscrite précisant l'étendue et le montant du cautionnement. En outre, les enjeux pour les parties, pour les tiers et le crédit étant trop importants pour être abandonnés aux libres volontés, le formalisme va jouer un rôle

---

<sup>484</sup> Préc.

<sup>485</sup> P. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, Collec. « Précis », 2004, n°53 ; S. Piedelievre, *Droit des sûretés*, Cours magistral, Ellipses, 2008.

<sup>486</sup> Simler et Ph. Delebecque, préc.

<sup>487</sup> Cf. A.C. Kouakou, « La portée du caractère accessoire du cautionnement », Thèse Nice, 1985, p.16.

<sup>488</sup> Est consensuel « le contrat qui est conclu au gré des intéressés sous une forme quelconque (par opposition à solennel) et dont on dit qu'il résulte du seul échange des consentements (solo consensu) dès lors que les volontés se sont accordées d'une manière ou d'une autre, soit par écrit, soit oralement, soit tacitement » : Cornu, *Vocabulaire juridique*, v° « consensuel ».

<sup>489</sup> Stork, obs. sous Civ.1, 22 février 1984, préc. ; Simler et Delebecque, *Les Sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 1989.

<sup>490</sup> Cf. Ghestin, « La notion de contrat », D. 1990, Art. préc. Chron. p.151.

<sup>491</sup> A. Cerles et M. Sejean, « Le cautionnement du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », in *Etudes offertes au Doyen Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p.276.

prépondérant et non négligeable dans une matière dominée par les intérêts individuels<sup>492</sup>.

Tantôt dénoncée, tantôt louée, la mention manuscrite fait un peu figure de verrue qui attire l'attention, comme en témoigne l'avalanche d'écrits doctrinaux et la floraison d'arrêts en ce domaine<sup>493</sup>. Devenu un instrument classique de protection de la caution, son importance et son omniprésence ne sont plus niées. Mais malgré les efforts déployés par le législateur et la jurisprudence, la matière brille par son ambiguïté. La mention manuscrite pourtant devenue familière à tout juriste qu'il soit universitaire ou praticien, emprunte une partie de sa majesté au mystère qui l'entoure<sup>494</sup>. Mais tenter de percer ce mystère c'est un peu comme « enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte ».

En effet, outre son contenu flou, une portée incertaine, la mention manuscrite emporte le reproche d'être trop sélective, distributive<sup>495</sup> dans sa protection des cautions. Entre les cautions profanes considérées comme dignes d'intérêt et celles jugées plus aptes à se protéger, l'écart de protection se creuse, donnant à la mention manuscrite l'aspect d'une « mutante »<sup>496</sup> génératrice d'incompréhensions. Ce mécanisme protecteur aux multiples facettes s'exprimera au sein d'un Code civil particulièrement bienveillant à l'égard des cautions profanes (§1) et, par un effet de contagion, dans le Code de la consommation qui octroie une place privilégiée aux cautions personnes physiques (§2). Aussi, au risque de s'aventurer sur des « sables mouvants », il nous faut tenter de mesurer l'impact réel de ce formalisme sur la caution mais également sur les créanciers qui se trouvent confrontés à des exigences pointilleuses et rigides.

---

<sup>492</sup>D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op. cit.

<sup>493</sup>Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2015, n°14-10373 ; Cass.civ.1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2015, n°14-24287 ; Cass.civ.1<sup>ère</sup>, 17 juin 2015, n°14-14326 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 9 avril 2015, n°14-10975 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 2015, n°13-28502 ; Cass.com. 11 juin 2014, n°13-18.118 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2014, n°12-29195 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 15 octobre 2014, n°13-21605 ; Cass.com., 4 novembre 2014, 13-23210 ; Cass.com. 4 novembre 2014, n°13-24.706 ; Cass.com., 5 février 2013, n°12-11.720, *Banque et Droit*, n°149 mai-juin 2013, p.43, obs. F. Jacob ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 10 avril 2013, n°12-18544 ; P. Ancel, *D.* 1999, Jur. p. 411 ; Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 23 février 1999, *D.* 1999, Jur. p. 411 (Commentaire de 2 arrêts, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz 1994, p. 824 et Civ. 1<sup>ère</sup> 30 Juin 1987, *Bull. civ. I*, n°280, p. 155 ; Civ. 1<sup>ère</sup> 15 novembre 1989, *D.* 1990, p.177, Note C. Mouly ; JCP 1990.II, 21442, note D. Legeais ; Rép. Defrénois 1990, p.442, obs. Aynes ; Civ.1<sup>ère</sup> 15 octobre 1991, JCP 1992. II. 21923, note Simler. Voir <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>494</sup>A. Cerles et M. Sejean, « Le cautionnement du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », op. cit.

<sup>495</sup>G. Loiseau et J. Djoudi, « De la fonction de la mention manuscrite », Dossier « Pratique du cautionnement et protection du consommateur », *Rev. de drt. bancaire et financier*, n°4-juillet-août 2003, p.256.

<sup>496</sup>G. Loiseau et J. Djoudi, op. préc.

## **§1) LA PROTECTION DE LA CAUTION EN DROIT COMMUN DE LA PREUVE**

Parmi les nombreux mécanismes de forme visant à assurer la protection préventive de la caution , l'exigence de la mention manuscrite de l'article 1326 du Code civil, relative à l'étendue de l'engagement , va faire l'objet d'une vigilance particulière des juges . Ces derniers font de cette mention manuscrite une arme redoutable au profit de ce garant si particulier . Son contenu et sa portée seront dès lors scrupuleusement étudiés au point de susciter parfois bien des tensions.

En effet, en dépit de la valeur exclusivement probatoire traditionnellement octroyée à cette mention , la première Chambre civile de la Cour de cassation déduit de la combinaison des articles 1326 et 2015<sup>497</sup> du Code civil que la mention manuscrite n'était plus une simple règle de preuve mais avait pour finalité la protection de la caution . En conséquence, le défaut de formalité entraînait la nullité pure et simple du cautionnement<sup>498</sup> . Une sanction radicale qui peut nuire à l'efficacité de la sûreté. Aussi , vivement critiquée , cette jurisprudence sera finalement abandonnée. Tout en gardant à l'esprit l'impératif de protection de la caution, la Haute juridiction est revenue à une conception probatoire de la mention manuscrite exigée par l'article 1326 C. civ. . Un revirement pour le moins judicieux car , contrairement à la forme validante , la force probante de l'écrit offre une plus grande souplesse dans l'application du texte . Elle est subordonnée à l'appréciation des juges qui devront rechercher dans chaque cas si la mention incomplète , jointe aux circonstances traduit un consentement suffisant de la caution . De fait , l'ampleur de la protection variera alors en fonction de la qualité et des compétences du garant (A) .

Mais cette flexibilité n'est pas sans risque . Les hésitations jurisprudentielles qui l'entourent conduisent à une baisse d'efficacité de la mention manuscrite dans sa fonction protectrice de la caution ; les flottements concernant l'intégration ou non des accessoires de la dette dans ladite mention en sont une illustration éloquente (B) .

---

<sup>497</sup> Devenu art. 2292 C.Civ.

<sup>498</sup> Cass. 1re civ. 22 février 1984; Bull.civ. I, n°71; JCP.G.1985, II, 20442, note Storck.

## **A) UNE PROTECTION AJUSTEE AUX BESOINS DES CAUTIONS**

Le cautionnement étant « un acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent », il entre dans le champ d'application de l'article 1326 C.civ. , lequel prévoit dans ce cas que la personne qui s'engage unilatéralement doit rédiger une mention manuscrite contenant le montant de la somme en toutes lettres et en chiffres . Une telle démarche doit permettre à la caution d'appréhender l'étendue du risque auquel elle s'expose en cas de défaillance du débiteur . En écrivant elle même ce qu'elle devra au créancier, la caution ne peut qu'être alertée du danger qui la menace.

Mais derrière cette simplicité, l'article 1326 C. civ. cache une réalité bien plus déroutante. Comment doit-on appréhender cet article ? Entre règle de fond , règle de preuve , les avis entre les deux chambres de la Cour de cassation ont durant un temps divergé .

En effet , alors que la Chambre commerciale , gardant un esprit libéral , a toujours attaché à l'article 1326 C. civ. une règle de preuve , la première Chambre civile va opter pour une position diamétralement opposée en faisant de l'exigence de la mention manuscrite une condition de validité du contrat de cautionnement à peine de nullité<sup>499</sup>. La mention manuscrite , expression de la compréhension par la caution de la portée de son engagement, devait désormais être considérée comme une formalité ad solemnitatem . Mais si la volonté de protéger la caution est tout à fait louable , les moyens utilisés par la jurisprudence de la première Chambre civile suscitaient réprobation . Celle-ci avait créé , en marge de la loi , un nouveau contrat solennel<sup>500</sup> , ce qui ne relevait pas de son pouvoir . L'efficacité même de la voie choisie pouvait par ailleurs être contestée . Faire de l'écrit une condition de validité du contrat conduisait en effet à son annulation dès lors que les exigences de forme n'avaient pas été respectées . L'automaticité et la rigueur de la sanction laissaient craindre une

---

<sup>499</sup>Civ.1re, 19 avril 1983 ; JCP 1983 , II, 20122, note C. Mouly et Ph. Delebecque; Civ. 1re , 30 juin 1987 , Grands arrêts, vol.2 , n°275 ; Bull.civ. I , n°210 La Haute juridiction fait savoir notamment dans un arrêt du 22 février 1984 qu' « il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution » : Cass. civ. 1re , 22 février 1984 ; Bull.civ.I, n°71; JCP.1985.II, 20442 , note M. Storck ; Banque 1984 , p.1307 , obs. J.L. Rives-Lange .

<sup>500</sup>« L'amalgame incertain de l'article 1326 et de l'article 2015 du Code civil selon lequel le cautionnement doit être exprès et ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté , fait du cautionnement une sorte de contrat solennel » : A. Cerles , La mention manuscrite du Code de la consommation : une protection de la caution source de contentieux : Revue de droit bancaire et financier , Sept. -oct. 2012 , dossier p.68 .

recrudescence des litiges alimentés par des cautions prêtes à tout pour se décharger de leur obligation, y compris les cautions averties<sup>501</sup>. Le juge était donc privé de son pouvoir d'appréciation quant à la réelle conscience par le garant de la portée de son acte de cautionnement.

De fait, devant la rigueur d'une telle sanction, le risque était grand de voir les créanciers désertier le cautionnement pour des garanties jugées moins contraignantes. Cette inquiétude pointée du doigt par la doctrine et les praticiens très critiques à l'égard de la jurisprudence de la première Chambre civile devait conduire cette dernière à revoir sa position. Elle le fit dans un arrêt du 15 novembre 1989<sup>502</sup>. La Haute juridiction déclara dans un premier temps que les exigences de l'article 1326 C. civil étaient « des règles de preuves qui ont pour finalité la protection de la caution » pour finalement complètement adhérer à la vision de la Chambre commerciale en qualifiant le contrat de cautionnement imparfait, du fait d'une mention manuscrite incomplète, de commencement de preuve par écrit pouvant être complété par tout élément extrinsèque<sup>503</sup>. Ce revirement fut salué par la doctrine<sup>504</sup>. En se synchronisant de la sorte, la jurisprudence redonnait aux articles 1326 et 2015<sup>505</sup> du Code civil « leur exacte nature de règles de preuve non sanctionnées sur le terrain de la validité ». La clarté au rendez-vous, le formalisme probatoire devait alors assurer un rééquilibrage du contrat en garantissant certes une protection à la caution, sans pour autant omettre les intérêts légitimes du créancier. La mention manuscrite ne devait plus apparaître comme un mode exclusif d'expression du consentement de la caution.

N'étant plus qu'une simple règle de preuve, la mention manuscrite ne sera exigée que dans certains cautionnements. En effet, lorsqu'il s'agit d'un cautionnement commercial, lequel a été souscrit par un commerçant, l'application de l'article 1326 C. civ. est écartée. Un tel cautionnement devra répondre des règles posées à l'article L.110-3 du Code commerce qui prévoit que les actes de commerce peuvent se prouver par tous les moyens à l'égard des commerçants<sup>506</sup>. De toute évidence, l'exigence d'une mention manuscrite serait dans cette

---

<sup>501</sup>D. Legeais, op. cit.

<sup>502</sup>Cass.civ. 1re, 15 novembre 1989, Grands arrêts vol.2, n°275 ; Bull.civ. I, n°348 ; D.1990, p.177, note Ch. Mouly et somm. p. 381 ; JCP.G. 1990.II, 21422, note D. Legeais.

<sup>503</sup>Cass.civ. 1re, 15 octobre 1991 ; JCP.1992.II, 21923, note Ph. Simler ; Contrats-Concurrence-Consommation 1992, comm. n°6, obs. L. Leveneur ; Cass.civ. 1re, 15 janv. Et 12 mars 2002 ; V. également Ph. Delebecque, Forme et preuve du cautionnement, CDE 2/1992, 5, Ch. Mouly ; RJDA octobre 1993, p.679 et sv.

<sup>504</sup>P. Simler, Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires : Litec, 4ème éd., n°205.

<sup>505</sup>Nouvel art. 2292 C.civ.

<sup>506</sup>Cass. civ. 1re, 2 mai 2001, Bull.civ. I, n°108 ; D.2001, A.J, p. 1950, obs. A. Lienhard ; RTDcom. 2001, p.867,

hypothèse superflue. Agissant dans le cadre de sa profession, le commerçant est en principe capable d'apprécier la portée de son acte et de fait la gravité qui peut en découler. Si l'on suit cette logique, la caution dirigeante devrait elle aussi pouvoir se passer de la protection de la mention manuscrite. Certes, étant un cautionnement souscrit par un non-commerçant il est soumis à l'obligation de respecter l'article 1326 C.civil et doit donc être prouvé par un acte contenant une mention manuscrite. Mais dans la pratique, cette protection est assez illusoire. Les juges vont davantage s'attacher aux fonctions ou aux qualités de la caution pour apprécier la validité du cautionnement, par exemple en mesurant son rôle effectif dans la société qu'elle cautionne. De fait, si la caution est suffisamment avisée, sa protection est considérée comme inutile. Si les tribunaux ont la conviction que la caution, en raison de sa personnalité, de ses fonctions, a nécessairement pris conscience de la nature et de l'étendue de son engagement, recevront le cautionnement<sup>507</sup> et l'obligation de la mention manuscrite écartée. Ce qui conduirait à admettre n'importe quelle mention manuscrite. Ainsi par exemple, la Cour de cassation a pu considérer que la seule signature du dirigeant sur le contrat de prêt mentionnant le cautionnement était suffisante pour engager la caution. Cela revient à présumer son consentement. Or, une telle attitude entre en contradiction avec l'article 2292 C. civ. qui impose un consentement exprès de la caution<sup>508</sup>. Aussi, si l'on peut admettre qu'un dirigeant soit traité plus sévèrement qu'une caution profane, cela ne doit pas aller jusqu'au mépris des règles fondamentales qui gouvernent le cautionnement<sup>509</sup>. Surtout, cela illustre à quel point la subjectivité de la preuve du cautionnement opérée par la Cour de cassation peut conduire à des excès, aussi bien dans le sens de la protection de la caution comme dans le sens de la sévérité à son égard<sup>510</sup>. La jurisprudence va ainsi instaurer un régime particulier aux cautions dirigeantes qui ne seront soumises que « platoniquement à l'exigence d'une mention manuscrite »<sup>511</sup>. De fait, si en l'absence de mention manuscrite la preuve du cautionnement doit être recherchée dans les éléments extrinsèques de l'acte<sup>512</sup>, « la qualité du dirigeant de la société cautionnée constitue l'élément extrinsèque qui rend parfaite la preuve de l'acte du cautionnement incomplet et suffit, au fond, à le rendre efficace »<sup>513</sup>. Il se crée donc pour elle

---

obs. A. Saintourens ; Defrénois 2001, art. 37399, p.1057, obs. R. Libchaber.

<sup>507</sup>Cass.civ. 1re, 4 mars 1986 ; Bull.civ. I. n°49

<sup>508</sup>Cass.com.23 mai 2000, D. 2001, somm. p. 690, obs. L. Aynès ; Cass.com. 18 mai 1999 ; JCP.G.1999.I, n°156 ; Cass.com. 11 juillet 1995 ; JCP.G.1997.I, n°3991, obs. Ph. Simler.

<sup>509</sup>P. Ancel, Droit des sûretés, LexisNexis, coll. « Objectif droit », 7<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>510</sup>C.Saint-Alary-Houin et B. Saint-Alary, « Le dirigeant caution de sa société », Droit et patrimoine, février 1995, p.46 ; Egalement, A. Medina, « Formalisme et consentement dans le contrat de cautionnement : évolution de la jurisprudence », D. 2002, chron. p.2787.

<sup>511</sup>M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, op. cit. n°107, p.92.

<sup>512</sup>Cass.com. 1re juin 1993, Defrénois 1993, art. 35617, n°97, note L. Aynes ; RTDciv. 1993, note M. Bandac.

<sup>513</sup>G.Loiseau, J. Djoudi, op. cit.

« une présomption de connaissance » .

La protection du dirigeant ou de l'associé par la mention manuscrite est alors, nous semble-t-il, vidée de son contenu. Or, en pratique, les cautions dirigeantes n'ont pas toujours une véritable connaissance de la portée exacte de leur acte. De fait, le danger serait de priver de protection des personnes qui en ont réellement besoin. En tant que personnes physiques, elles doivent se voir appliquer les règles relatives aux spécificités de la personnalité physique.

Mais , si la jurisprudence fait preuve d'une certaine sévérité à l'égard des cautions dirigeantes, elle se trouve en revanche beaucoup plus conciliante avec une catégorie de cautions qu'elle considère plus vulnérables lorsqu'elles concluent un cautionnement . Agissant dans un but totalement étranger à leur activité commerciale ou professionnelle et disposant le plus souvent de connaissances limitées en matière de crédit et de garantie , ces cautions dites profanes , plus exposées aux risques que peut engendrer un cautionnement , ont par conséquent besoin d'être davantage protégées . Dans ce contexte , la mention manuscrite pourra pleinement jouer son rôle de protection en attirant l'attention de la caution sur la nature et l'étendue de son engagement .

En cas d'omission de la mention manuscrite prévue par l'article 1326 du Code civil , l'acte sous seing privé sera dès lors considéré par la jurisprudence comme seulement commencement de preuve par écrit , qui doit alors être complété par d'autres éléments de preuve . A ce titre , les juges se montreront très pointilleux sur la recevabilité de ces éléments par les créanciers<sup>514</sup>.

On assiste ainsi à une protection distributive<sup>515</sup> des cautions. Le degré de protection de chacune d'elle sera soumis à l'appréciation subjective des juges pour déterminer si elle avait conscience de son engagement et prononcer ou non la validité du cautionnement . Sa fonction protectrice retrouvée , la mention manuscrite tient alors une place importante dans le processus d'aide à la décision de la caution au cautionnement , encore faut-il que la jurisprudence ne vienne pas limiter ses effets au point de remettre en cause son efficacité . Les flottements jurisprudentiels concernant le contenu de la mention manuscrite en sont un signe édifiant (B).

---

<sup>514</sup>Cass.1re civ. , 10 mai 2000 ; Bull. civ. I, n°138 ; D.2001 , somm. com. p.691 , obs. L. Aynès : Les liens familiaux entre les cautions et le débiteur principal ne peuvent suffire pour « constituer un élément de preuve extrinsèque de nature à compléter le commencement de preuve résultant d'un acte de cautionnement irrégulier ».

<sup>515</sup>J.Djoudi , Loiseau , op. cit.



## **B) UNE PROTECTION VACILLANTE**

Aux termes de l'article 1326 C.civ. , la personne qui s'engage à payer une somme d'argent doit inscrire cette dernière en toutes lettres . Formulé ainsi , le texte laisse place au doute dès qu'on l'applique au cautionnement . En effet , la plupart des cautionnements conclus le sont dans le cadre de prêts bancaires qui , en l'occurrence , sont assortis d'intérêts et surtout d'accessoires . Or, tout le problème est de savoir si la mention manuscrite écrite par la caution doit ou non faire expressément état de ces accessoires<sup>516</sup> . La référence au principal ne peut-elle à elle seule suffire ? Sur ce point , après s'être là encore divisées , les deux chambres de la Cour de cassation ont fini par accorder leurs violons et trouver une certaine harmonie .

La règle de bon sens veut que le cautionnement principal s'étende aux accessoires sans qu'il soit nécessaire de les préciser. L'accessoire suit implicitement le régime du principal<sup>517</sup> . Mais, il faut garder à l'esprit que ces accessoires peuvent représenter des sommes importantes, allant parfois jusqu'à doubler ou tripler le principal. Ce qui n'est pas rien. Il suffit pour cela par exemple d'un taux d'intérêt élevé<sup>518</sup> .

Aussi, voulant aider les cautions poursuivies par des établissements qui leur réclament des sommes toujours plus conséquentes, la première Chambre civile de la Cour de cassation a trouvé dans les années 80 un moyen détourné d'alléger leur sort<sup>519</sup> . En effet, optant pour une vision plus stricte du contenu de la mention manuscrite , la Haute juridiction retient que , pour être tenue au règlement des intérêts , la caution doit nécessairement apposer de sa main le montant des accessoires<sup>520</sup> . En cela, elle distingue le principal de ses intérêts. Par conséquent, si la caution n'avait écrit que le montant de la dette en principal, elle ne pouvait être engagée au-delà, ni les intérêts ni les indemnités qui pourraient être dus en plus au créancier ne pouvaient lui être imputés.

---

<sup>516</sup> Par accessoire d'une dette il faut entendre au sens commun les intérêts et les différentes indemnités fixées au contrat. Ces indemnités correspondent soit à un coût réel comme par exemple les frais d'ouverture ou de gestion de dossier, soit un forfait liquidatif : sur ces aspects D. Legeais, Droit des sûretés et garanties du crédit, op.cit.

<sup>517</sup> D. Legeais, préc.

<sup>518</sup> Op. préc.

<sup>519</sup> P. Sargos, « L'opération « Glasnot » de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence ... », Gaz. pal. 1988 , I, doct. p.209-210.

<sup>520</sup> Cass. 1re civ. , 29 février 2000; Bull.civ.I. n°68 ; JCP.G.2000, II, 10382, note G.Casey ; JCP.E.2000.801, note D. Legeais ; Cass.civ. 1re , 13 octobre 1999 , JCP.2000.II. 10307 , note J. Casey ; Cass.civ. 1re , 10 mai 1988; D.1989 , p.442 , note I. Urbain-Parléani .

Dès lors, afin d'obtenir la totalité de ce que devait le débiteur, les établissements de crédit n'avaient d'autres choix que de faire écrire par la caution une mention qui énonce expressément son engagement au paiement des intérêts et autres accessoires. Aussi, si la mention est imprécise, mal rédigée, la garantie peut donc se trouver diminuée permettant une nouvelle fois d'offrir une porte de sortie à la caution. Mais cette protection ne sera que de courte durée.

Si en mai 2002 la première Chambre civile est apparue hésitante, en octobre de la même année, celle-ci prendra une position plus radicale en se ralliant à celle de la Chambre commerciale qui étend de plein droit le cautionnement d'une dette aux accessoires de celle-ci<sup>521</sup>. Dans deux arrêts en date du 22 mai 2002<sup>522</sup>, la première Chambre civile va tenir des discours pour le moins déroutants. Dans le premier arrêt, la Haute juridiction énonçait qu'« il ne résultait pas des données de l'espèce, que la caution eût eu connaissance des conditions d'intérêts et de pénalités de retard négociées entre les parties, la Cour d'appel a, par ses motifs, légalement justifié sa décision de ne pas retenir un engagement de la caution quant à ses accessoires ». Mais dans le second arrêt, la première Chambre civile est moins indulgente à l'égard de la caution en jugeant que « la Cour d'appel ayant relevé que, si la mention manuscrite de l'engagement de la caution ne précisait pas le taux des intérêts, du moins les circonstances de l'acte, établissaient-elles que les cautions avaient eu connaissance du taux convenu, c'est à bon droit qu'elle a retenu qu'elles étaient tenues au paiement des intérêts ». Cet effet yoyo de la première Chambre civile n'est décidément pas de nature à créer la sécurité juridique tant recherchée dans une sûreté déjà fortement exposée aux incertitudes.

Aussi, laissant place à une formule dépourvue de toute ambiguïté, la Haute juridiction mettra fin au danger que son hésitation suscitait jadis en affirmant dans un arrêt du 29 octobre 2002

---

<sup>521</sup>Cass.com., 3 avril 2002, Bull.civ.IV., n°64; D.2002, A.J. p.1547, obs. V. Avena-Robardet; Revue de droit bancaire 2002, comm. n°85, obs. D. Legeais; Cass.com., 17 juillet 2001; Bull.civ.IV, n°141; Cass. com., 16 mars 1999; Bull.civ. IV. N°59; JCP.G. 1999.II.10184, note J. Casey; JCP.E 1999, note D. Legeais; D. aff. 1999, p.667, obs. J.F.; JCP1999.I.156, n°1, obs. Ph. Simler; RJDA 10/99, p.831; Cass.com. 23 nov. 1999; JCP.E. 2000, p. 63; Cass.com., 31 mai 1994; Bull.civ.IV, n°190; RTDciv.1994, p.903, obs.M. Bandrac: « Dès lors qu'elle a écrit de sa main qu'elle garantissait les intérêts du montant principal cautionné et que le taux de ceux-ci a été fixé par écrit, la caution est tenue au paiement desdits intérêts, peu important que leur taux ne figure pas dans la mention manuscrite ». V. aussi, Cass.com. 7 juillet 1992; Bull.civ.IV, n°261; JCP.1993.I.3680, obs. P. Simler; Cass.com. 21 juin 1988, Bull.civ.IV, n°212; D.1989, comm.p.289, obs. L. Aynès; Cass.com. 6 juin 1985; Bull.civ.IV, n°182; Defrénois 1985, art. 33636, p.1454, obs. J-L. Aubert.

<sup>522</sup>Cass.1re civ., 22 mai 2002; JCP.E. 2002, 1381, note D. Legeais; Revue de droit bancaire 2002, comm. N°130, obs. D. Legeais.

que « l'article 1326 du C. civ. limite l'exigence de la mention manuscrite à la somme ou à la quantité due , sans l'étendre à la nature de la dette , à ses accessoires ou à ses composantes »<sup>523</sup>, une vision largement partagée par la Chambre commerciale<sup>524</sup>. Les deux juridictions limitent l'exigence de la mention manuscrite au montant principal sans l'étendre à la description de ses accessoires . En cela , elles réaffirment la prédominance du principe selon lequel l'accessoire suit le principal . La connaissance par la caution des taux d'intérêts appliqués à la dette mentionnés dans l'instrumentum , entraîne l'obligation par celle-ci de garantir ces accessoires sans qu'il soit nécessaire de se préoccuper du contenu de la mention manuscrite ; la Cour de cassation écarte même cette exigence en présence d'un cautionnement de dettes futures<sup>525</sup>. L'objectif est de réduire les refus abusifs de paiements des cautions qui avaient vu dans l'intégration des accessoires et intérêts de la dette dans la mention manuscrite une parade à leurs obligations .

Toutefois, si l'harmonie retrouvée entre les deux juridictions de la Cour de cassation est un gage de cohérence , elle ne favorise guère les intérêts des cautions , notamment celles des profanes qui ont pourtant toujours besoin d'être alertées sur le contenu précis de leur engagement , y compris sur les accessoires dont le montant à terme peut les mener à leur malheur<sup>526</sup> . Une protection en perte de vitesse qui amène finalement à douter sur le véritable rôle de la mention manuscrite ; « une œuvre tourmentée »<sup>527</sup> jusqu'en droit spécial de la consommation qui nous livre aussi son lot d'incertitudes (§2).

## **§2) LA PROTECTION DE LA CAUTION EN DROIT DE LA CONSOMMATION PAR UN FORMALISME AD VALIDITATEM**

Alors qu'on pensait avoir atteint une certaine stabilité en matière de protection de la caution par une mention manuscrite reposant sur un formalisme probatoire , voilà que le législateur exprime à nouveau le besoin d'intervenir de façon radicale dans le Code de la consommation. Et pour cause , il va ériger le formalisme de la mention manuscrite en un instrument de

---

<sup>523</sup>Cass.1re civ. 29 octobre 2002 ; Bull.civ.I., n°247 ; JCPE 2002 , 1804 , note D.Legeais ; JCP2002 , II, 10187 , note D. Legeais ; D.2002 , p.3071 , note J.Djoudi ; D.2002 , somm.p.3334 , obs. L.Aynès ; RTDciv. 2003 , p.122, obs. P. Crocq .

<sup>524</sup>Cass.com. 4 février 2003 , Bull.civ.IV , n°13 ; D.2003 , p.1357 , note B. Roman .

<sup>525</sup>Cass.1re civ., 9 mars 2004 ; Bull.civ.I, n°77 ; D.2004 , somm. p. 2706, obs. L. Aynès .

<sup>526</sup>D. Legeais, préc.

<sup>527</sup>G. Loiseau et J. Djoudi, op. cit.

validité du cautionnement de toute personne physique qui s'engage avec un créancier professionnel . Ce « revirement aussi brutal qu'inattendu »<sup>528</sup> va faire l'effet d'un séisme .

Les formules quasi mystiques imposées dès la fin des années 80, puis dans la loi de 2003, excluent toute improvisation engendrant ainsi « un formalisme desséchant du cautionnement »<sup>529</sup> le réduisant à un « truc »<sup>530</sup> que les cautions useront pour se délier de leur engagement<sup>531</sup> . Là encore, le législateur n'a pas simplifié les choses . Il n'entend pas protéger toutes les cautions mais uniquement les cautions personnes physiques fortement exposées aux risques de surendettement (A). A la sélection opérée dans la protection des cautions , il faudra ajouter la rigueur de la sanction prévue par les textes . Ces apports du droit de la consommation aux exigences de la mention manuscrite vont sans conteste entraîner une perturbation du droit du cautionnement (B) .

### **A) UNE PROTECTION CIBLEE DES CAUTIONS**

Face à l'inégalité entre d'un côté le créancier professionnel maître de ses actes , et de l'autre la caution personne physique vulnérable , confrontée au problème de surendettement , le législateur ne pouvait rester indifférent . Cette dichotomie et ses conséquences désastreuses sur la caution ont donc conduit ce dernier à choisir son camp en prenant des mesures protectrices dans le code de la consommation à l'égard des cautions personnes physiques .

Il le fit dans la loi du 1er août 2003 avec tout d'abord l'article L.341-2 Code de la consommation qui prévoit que « toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel » doit apposer une mention manuscrite précise à peine de nullité de son engagement. A cela s'ajoute l'article L.341-3 C.consom. qui comprend une mention complémentaire lorsque la personne physique souscrit un cautionnement solidaire . Ces deux textes tendent donc à s'appliquer dès lors que la caution est une personne physique qui s'engage comme caution avec un créancier professionnel par

---

<sup>528</sup>D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit , LGDJ , 8ème éd. n°150.

<sup>529</sup>D. Houtcieff, « Retour sur le formalisme de certains cautionnements », RDC-Avril 2005 , p.403.

<sup>530</sup>A. Cerles, « La mention manuscrite du Code de la consommation : une protection de la caution source de contentieux », Acte du colloque « quelle protection pour la caution? » , CEDAG , 24 mai 2012 , Revue de droit banc. et fin. , sept-oct 2012 , p.68 .

<sup>531</sup>Op. préc.

acte sous seing privé<sup>532</sup>.

Plusieurs points sont à préciser. D'une part, les articles ne semblent pas faire de distinction selon la qualité de la caution. Aussi, exprimée de manière générale, qu'elle soit profane ou avertie, la protection énoncée bénéficie à toute caution personne physique. Ainsi, les cautions dirigeantes ou associées par exemple, bien qu'elles soient dit-on avisées, sont intégrées dans le champ d'application du dispositif protecteur. En revanche, en sont exclues les cautions personnes morales. Pourquoi ? Sont-elles moins méritantes ? Est-ce dire que le risque de dépôt de bilan dont elles peuvent faire l'objet, avec toutes les conséquences néfastes que l'on imagine, comme les licenciements, est moins grave que le surendettement des cautions personnes physiques ? Assurément que non ! Rappelons que la loi du 1er août était normalement destinée à stimuler la croissance. Quel paradoxe ! Cette mise à l'écart des personnes morales est donc pour le moins surprenante. Nous ne devons pas succomber à l'idée fallacieuse selon laquelle ces dernières sont suffisamment informées pour apprécier la nature et l'étendue du cautionnement qu'elles s'appêtent à souscrire. Les petites structures fragiles qui, pour des raisons économiques, n'ont parfois pas d'autres choix que de prendre un tel engagement et sont complètement démunies devant la complexité du cautionnement ; elles ont dès lors tout autant besoin de protection que les personnes physiques<sup>533</sup>. C'est pourquoi, un éclaircissement sur ce point par le législateur serait une bonne chose.

En outre, les articles L.341-2 et L.341-3 C. consom. précisent que pour pouvoir bénéficier de la protection la caution doit avoir conclu le contrat avec un créancier professionnel<sup>534</sup>. De qui s'agit-il ? Une définition a été donnée par la jurisprudence dans un arrêt du 10 janvier 2012<sup>535</sup> qui énonce que « le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles ». En réalité, la Chambre commerciale ne fait que reprendre la définition apportée trois ans plus tôt par la Chambre civile<sup>536</sup>. Les créanciers concernés doivent donc

---

<sup>532</sup>Ex. Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2015, n°14-10373 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 9 avril 2015, n°14-10975 ; Cass.civ. 27 janvier 2015, n°13-28502 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2015, n°14-14326 ; Cass.civ.1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2015, n°14-24287 ; Cass.com. 11 juin 2014, n°13-18.118 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 15 octobre 2014, n°13-21605 ; Cass.com., 5 février 2013, n°12-11.720, Banque et Droit n°149 mai-juin 2013, p.43, obs. F. Jacob.

<sup>533</sup>Voir A.S. Barthez, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution » ; RTD 2008, n°2, p.587.

<sup>534</sup>Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2014, n°12-29195 : en l'espèce, il est établi que le créancier n'étant pas un professionnel au sens des textes visés, la caution ne peut prétendre à l'annulation de son engagement.

<sup>535</sup>Cass.com., 10 janv. 2012, n°10-26.630 ; JurisData n°2012-000176 ; Rev. De droit banc. et fin. 2012, comm. 48, note A. Cerles.

<sup>536</sup>Cass.1<sup>re</sup> civ., 9 juillet 2009, n°08-15-910 ; RTDcom 2009, p.601, obs. D. Legeais ; JurisData n°2009-

impérativement être investis de la qualité de professionnel , quelle que soit la nature de l'opération . Cet impératif n'est pas anodin . Il ne fait que répondre à la réalité pratique qui expose souvent la caution à un établissement de crédit qui est en l'occurrence un professionnel par excellence. Bien évidemment , si ces établissements de crédit sont la principale cible du législateur à travers cette loi , ils ne sont pas les seuls<sup>537</sup> .

Pour ce qui est des cautionnements visés , l'article L.341-2 C.cons. ne fait référence qu'aux cautionnements de droit commun conclus par acte sous seing privé<sup>538</sup> ; ceux passés par acte authentique en sont écartés<sup>539</sup>. De fait , les cautionnements réalisés par acte notarié ou par acte d'avocat ne sont pas soumis au formalisme imposé par ledit article . En effet, la loi du 28 mars 2011 prévoit en son article 3 que « l'acte sous seing privé contresigné par avocat est , sauf disposition dérogeant expressément au présent article , dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi » . Cette dispense du formalisme pour les cautionnements passés par acte authentique n'est pas sans nous rappeler la position adoptée par la jurisprudence dans l'application de l'article 1326 C.civ. en matière de mention manuscrite. Mais là s'arrête la ressemblance .

L'article L.341-3 C.cons. quant à lui ne dit rien sur la forme de l'acte de caution à laquelle s'applique ce texte . Aussi , c'est la Cour de cassation qui va en faire allusion après avoir été saisie pour avis le 8 avril 2010<sup>540</sup> en précisant que « les dispositions de l'article L.341-3 C.cons. ne s'appliquent pas aux cautionnements par acte authentique » ; une réponse qui sera confirmée dans un arrêt du 6 juillet 2010<sup>541</sup>. Tous les cautionnements ne sont donc pas concernés par l'obligation de la mention manuscrite édictée par les dispositions légales et ne s'impose qu'à ceux constatés par acte sous seing privé . Cette harmonie entre les articles L.341-2 et L.341-3 C.cons. coule de source . En effet, si l'on considère que l'article L.341-3 C.cons. vient en complément de l'art. L.341-2 C.consom. il est alors normal qu'il suive la même ligne de pensée , y compris au sujet de la forme de l'acte de caution pour laquelle le formalisme est exigé .

---

049063.

<sup>537</sup> Ex. Cass.com. , 10 janv. 2012 , n°10-26.630 , op. préc.

<sup>538</sup> Ex. Cass.com. 22 septembre 2015 , n°14-15645.

<sup>539</sup> CA paris , 1er février 2002 ; RJDA 6/2002 n°681 .

<sup>540</sup> Cass. 1re civ. , avis n°9002 , 8 avr. 2010; JurisData n°2010-010902 ; Rev. de droit bancaire et fin. 2 010 , comm.134 , note A. Cerles .

<sup>541</sup> Cass.com. , 6 juillet 2010 , n°08-21.760 ; JurisData n°2010-011188 ; Rev. de droit banc. et fin. 2010 , comm. 173 , note D. Legeais .

Le formalisme protecteur va dès lors se faire très sélectif . En réalité , cette logique de protection disparate des cautions est apparue bien avant la loi du 1er août 2003 . Le Code de la consommation n'est pas à son premier coup d'essai . Les faveurs faites aux cautions personnes physiques ont commencé dès la fin des années 80 avec les articles L.313-7 et L.313-8 du Code de la consomm.<sup>542</sup> . Ils devaient être une réponse aux problèmes liés au surendettement des particuliers et des familles<sup>543</sup> .

Tout comme l'article L.341-2 C.cons. , l'article L.313-7 du même code soumet la caution à l'exercice d'une page d'écriture qui énonce : « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de .... couvrant le paiement principal , des intérêts et , le cas échéant , des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de .... , je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X. n'y satisfait pas lui-même ». Le législateur ajoute à ceci , à l'image de l'article L.341-3 C.cons. , que si un cautionnement solidaire est demandé par le créancier , une autre mention doit impérativement figurer dans l'acte et qui précise : « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2021 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X... , je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... », des dispositions qui font également de cette mention manuscrite une condition de validité du cautionnement . Toutefois , le champ d'application des articles L.313-7 et L.313-8 C.cons. est relativement restreint et ne vise que les cautionnements d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier . Par cet écrit , la caution prend pleinement conscience des conditions de son engagement . La formule est si séduisante qu'elle va notamment inspirer la loi sur l'habitat du 21 juillet 1994 avec l'article 22-1 qui dispose que toute personne se portant caution d'obligations résultant d'un bail d'habitation est tenue « de précéder sa signature de la reproduction manuscrite du montant du loyer et des conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location , de la mention manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte et de la reproduction manuscrite de l'alinéa précédent » , tout en rappelant à la caution la possibilité de résilier unilatéralement son engagement lorsqu'il ne comporte aucune indication de durée ou lorsque sa durée est stipulée indéterminée<sup>544</sup> .

---

<sup>542</sup>A l'époque articles 9-1 à 9-4 de la loi n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier créés par la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 .

<sup>543</sup>D. Houtcieff, « Retour sur le formalisme de certains cautionnements », op.cit.

<sup>544</sup>V. T. Tarroux, « La forme du contrat de cautionnement des dispositions résultant du bail à usage d'habitation » ; Administrer 1er mars 2001, n°331, p.8.

Ainsi , la mention manuscrite apparaît comme le sceau de la volonté réfléchie de la caution<sup>545</sup> qui donne de « façon explicite et sans équivoque » son consentement à un acte qui l'engagera. De fait , en principe , elle ne pourra se dérober devant ses obligations le moment venu .

Mais pour séduisante soit-elle, cette page d'écriture<sup>546</sup> est-elle vraiment efficace? Concrètement, la caution prend-elle réellement conscience de la gravité de son engagement ? Car bien souvent, les cautions ne font que reproduire machinalement ce qu'on leur présente sans même se soucier du sens des mots qu'elles écrivent. Elles survolent le document en ayant surtout en tête d'aider le débiteur principal qui les sollicite en garantie . C'est là leur seule préoccupation ! La pratique regorge d'exemples de parents qui cautionnent leur enfant, la sœur qui s'engage pour un frère... , et qui n'ont fait que recopier un modèle sans chercher vraiment à comprendre les risques qu'ils encouraient , sans oublier les fautes d'orthographe qu'elles commettaient . Dès lors , la rédaction d'une formule type, pour le moins fastidieuse , voire ennuyeuse , risque bien de provoquer l'effet inverse de ce qu'elle entendait réaliser au départ , la protection de la caution<sup>547</sup> .

En outre , devant l'exigence d'un texte strict , les cautions ne pourront aussi facilement échapper à leur obligation . Enfin de compte , c'est à se demander si les cautions n'étaient pas plus favorisées lorsqu' aucun texte ne régissait aussi précisément le contenu de la mention manuscrite , elles pouvaient au moins espérer avoir gain de cause en cas de litige . En quelque sorte , le « flou » législatif leur profitait<sup>548</sup> . Mais avec ces dispositions légales, les créanciers , devant la rigueur des textes vont prendre soin d'appliquer à la lettre la loi pour confronter la caution le temps voulu en brandissant la mention manuscrite comme le symbole

---

<sup>545</sup>Medina, « Formalisme et consentement dans le contrat de cautionnement : évolution de la jurisprudence », op.cit.

<sup>546</sup>F. Magnin , « Une page d'écriture pour la caution » ; Petites affiches , 5 octobre 1994 , n°119 , p.28 et 10 octobre 1994 , n°121 , p.16 .

<sup>547</sup>« Les mentions manuscrites font parties de ces mesures qui se disent protectrices mais qui au final sont susceptibles de se retourner bien souvent contre ceux-là mêmes que l'on a voulu protéger et est source pour eux de dommages infiniment plus importants , plus graves et durables » : E. Salle De La Marnierre , Les législations de "protection" , D. 1950 , chron. p.94 et svt. ; A. Cerles et M. Séjean , « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection » , Mélanges Ph. Simler , Dalloz-Litec , 2006 , p.282 ; D. Houtcieff , « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi sur l'initiative économique » , JCP G 2003 . I. 161 , n°14 . « Il est douteux que le consommateur se trouve effectivement informé du seul fait que des mentions explicatives figurent dans l'acte qu'il a signé » , cette réflexion tirée de l'ouvrage des Professeurs Ph. Malaurie , L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck , nous parle et , est parfaitement transposable au cas des cautions , op. cit. , n°540 , p.278 .

<sup>548</sup>A. Cerles et M. Séjean , « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection » , op.cit.



même de leur conscience des effets du cautionnement<sup>549</sup> .

Mais à ce stade un élément nous turlupine . En effet , ce scepticisme quant à la compréhension de l'information délivrée à la caution par le biais de la mention manuscrite , et par voie de conséquence sa protection nous a conduit à la question particulière des cautions illettrées . Cela peut paraître surprenant dans une partie où on soumet les intéressées à un exercice d'écriture et de lecture . Car , qui dit compréhension , dit nécessairement savoir lire . De fait , comme le souligne à juste titre Monsieur Simler , « on peut se demander [...] si les illettrés, qui restent nombreux , les malvoyants et , le cas échéant , les étrangers ne sont pas ainsi de facto frappés d'une incapacité de se porter caution »<sup>550</sup> . Or, malgré ces obstacles certaines cautions illettrées vont s'engager dans la voie du cautionnement avec subtilité<sup>551</sup>.

L'illettrisme est un problème de société qui touche aujourd'hui environ 2,5 millions de personnes en France<sup>552</sup> ! Les données sont saisissantes . Stigmatisant , l'illettrisme est tabou . Alors, quand un ministre de l'Economie , en l'occurrence Monsieur Emmanuel Macron , commet la maladresse de prononcer le mot « d'illettrés » en parlant d' ouvriers des abattoirs Gad , dans le Finistère , des voix s'élevèrent immédiatement . Le scandale que cela a provoqué nous ramène à la réalité et soulève bien des inquiétudes . Les personnes qui souhaitent se porter cautions et qui doivent dès lors se soumettre à l'exigence légale de la mention manuscrite qui doit être écrite de leur main , vont donc tenter d'outre passer cette règle en se livrant soit à un exercice habile de copiste , soit en demandant à un tiers de l'écrire à leur place pour ensuite apposer leur signature . Mais la Cour de cassation demeure ferme sur ce point et le fait savoir dans ses arrêts en affirmant notamment que , « [...] ayant constaté que les mentions manuscrites de l'acte de caution avaient été rédigées par la secrétaire , la Cour d'appel en a exactement déduit que , même si la signature de la caution n'était pas contestée , l'acte devait être annulé »<sup>553</sup>.

Ces cautions illettrées, à l'image d'autres cautions de mauvaise foi qui vont délibérément glisser une erreur ou commettre un oubli , aussi minime soit-il , vont instrumentaliser la

---

<sup>549</sup>A. Prüm , « Protéger les cautions contre elles-mêmes! », Revue de droit bancaire et financier , n°5 , Editions du Juris-Classeur .

<sup>550</sup>Ph. Simler , Cautionnement , garanties autonomes , garanties indemnitaires , Litec , 4è éd. , 2008 , n°257 .

<sup>551</sup>Ex. Cass.1ère civ. , 28 nov. 2012 , n°10-28.372 , Banque et Droit , n°147 , janv.-février 2013 , p.38 , note E. Netter . Cass.1ère civ. , 25 mai 1964 ; Bull.civ.I , n°269 ; Dolloz 1964 , p.626 .

<sup>552</sup>On trouve une représentation graphique particulièrement intéressante sur le site du Figaro : <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/09> ; Pour plus d'information nous pouvons également nous référer au site de l'Agence Nationale de lutte contre l'illettrisme : <http://www.anlci.gouv.fr> .

<sup>553</sup>Cass.com. 13 mars 2012 , n°10-27814 , inédit , Dr. et patr. juillet 2012 , obs. L. Aynès .

mention manuscrite en s'appuyant sur le système de la nullité pour parvenir à leur fin et espérer être libérées de leurs obligations . On assiste alors à un renversement du déséquilibre qui placera cette fois le créancier en situation délicate qu'il faut alors protéger à son tour contre les cautions très stratégiques<sup>554</sup> .

Aussi , si l'on peut se réjouir de voir « le législateur redécouvrir les vertus de la dictée et des pages d'écriture »<sup>555</sup> , on ne peut s'empêcher de constater les défauts qui entourent ce formalisme protecteur . Le contenu de la mention manuscrite scrupuleusement encadré et qui doit être reproduite à la virgule près ne tolère aucune variante comme le précise l'article L. 341-2 qui affirme que seule cette mention et « uniquement celle-ci » ne doit figurer dans l'acte de cautionnement .

Une durée et montant doivent également obligatoirement apparaître . Les cautionnements indéfinis sont par conséquent écartés des mesures . Ce dirigisme contractuel est-il un gage de protection des cautions ? Encore une fois , le doute est permis ! Une chose est sûre , c'est que la liberté contractuelle « muselée »<sup>556</sup> n'en sort pas indemne . La procédure d'échange des consentements , telle qu'elle a été conçue initialement dans le Code civil s'en trouve bouleversée . Le contrat de cautionnement souscrit avec des personnes physiques n'est plus soumis à la négociation des parties mais confié aux pouvoirs publics qui en définissent les contours . La mention manuscrite en sort alors amoindrie et perd en crédibilité . Ce qui est le plus déroutant , c'est que les articles L.341-2 et L.341-3 introduits dans le Code de la consommation par la loi du 1er août 2003 , sont les répliques parfaites des articles L.313-7 et L.313-8 C.cons. créés en 1989 . Le législateur ne s'est pas contenté de s'en inspirer , il a carrément repris mot pour mot les mentions énoncées sans même en gommer les défauts qui les parasitent . Autant dire qu'on est loin de la simplification, clarification, cohérence tant attendues. Pourquoi ne pas abroger les articles L.313-7 et L.313-8 du Code de la consommation qui sont dès lors complètement absorbés par leurs successeurs qui ont un champ d'application beaucoup plus large ? Les assauts législatifs ont l'inconvénient de faire perdre en vue l'essentiel . En outre , ils laissent le goût amer d'un travail inachevé qui fragilise

---

<sup>554</sup>Sur ce paradoxe voir : P. Sargos , in « La renégociation des prêts » , remarque sous Cass. 1ère civ. , 6 janvier 1998 , Defrénois 1998 , art. 36814, p.703 ; C. Manara , « L'abus par le consommateur de son droit » , LPA , 18 mai 1998 , p.4 .

<sup>555</sup>Ph. Delebecque, « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement » ; D. 1990, Chron. p. 255 et sv. , spéc. p.256.

<sup>556</sup>M. Mekki, « La protection de la caution » : propos conclusif, op. préc.

encore plus la mention manuscrite la réduisant à un simple « truc »<sup>557</sup> que les cautions pourraient éventuellement utiliser pour se libérer de leur engagement . Ce sentiment se manifeste jusque dans la rigueur de la sanction que les textes prévoient en cas d'irrégularité dans la mention manuscrite .

## **B) UNE PROTECTION POUSSEE A L'EXTRÊME**

Les cautions sont prêtes à tout pour ne pas assumer leur engagement pourtant bien réfléchi au départ . Les dispositions légales sur la mention manuscrite vont leur donner encore l'occasion d'échapper à leur sort et de se « délier à bon compte »<sup>558</sup>, une véritable aubaine pour les cautions avides de prétextes<sup>559</sup> . La sanction attachée aux manquements du formalisme imposé est la nullité pure et simple de l'engagement d'une caution personne physique passé avec un créancier professionnel . Les craintes sont palpables . La rédaction des articles L.313-7 et L.341-2 C.cons. laisse peu de place au doute . La sanction qu'ils infligent pour la moindre irrégularité formelle constatée rend de fait la mission des juges plus difficile . Privés de leur pouvoir d'appréciation , ces derniers n'ont d'autre choix que d'appliquer à la lettre la loi et de prononcer la nullité du cautionnement . Aussi , aucun écart ne sera toléré , même si l'erreur relevée n'a guère influencée le consentement de la caution<sup>560</sup> .

Mais , un formalisme aussi excessif encouragera sûrement des cautions peu scrupuleuses à glisser intentionnellement des erreurs dans la mention conduisant à un contentieux grammatical et orthographique important<sup>561</sup> . D'autant qu'« un peu de formalisme protège , trop de formalisme opprime et spolie »<sup>562</sup> .

---

<sup>557</sup> op.cit.

<sup>558</sup> D.Houtcieff , « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique » ; JCPE 2003 , I , 1161.

<sup>559</sup> A.Cerles , « La mention manuscrite du Code de la consommation : une protection de la caution source de contentieux » , op. cit.

<sup>560</sup> CA Rennes , 22 janvier 2010 , n°08/08806 ; Rev. de droit banc. fin. 2010 , comm. 93 , note D. Legeais ; Cass.3ème civ. , 27 septembre 2006, pourvoi n°05-17.804 ; Cass. 3ème civ. 8 mars 2006, pourvoi n°05-11-042 ; CA Lyon , 21 juin 1995 ; JCP.G. 1997.I.3991 , n°6 , obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; CA Versailles 30 janvier 1998 ; D. Affaires 1998 , p.571 ; Rev. huissiers 1999 , p.471 , obs. G.Teillais ; CA Toulouse , 5 mai 1998 , Banque et droit , mars 2000 , p.51 , obs. Guillot -CA Paris , 16 mars 1999 ; Juris-Data n°1999 -101810.

<sup>561</sup> A. Cerles , « la mention manuscrite du Code de la consommation ... » , op. cit. ; Ph. Simler , ouvrage préc. , n°257 .

<sup>562</sup> P.Simler , « L'exemple de l'article 22-2 de la loi du 6 juillet 1989 , in De code en code » , Mélanges Georges Wiederkehr : Dalloz 2009 , p.753 et sv.

C'est pourquoi , si la première attitude des juges fut un respect sans faille des exigences textuelles<sup>563</sup>, ces derniers vont pourtant prendre quelques libertés avec ce formalisme légal rigoureux pour un formalisme plus raisonnable<sup>564</sup> s'adaptant davantage à la pratique . Ce renversement de tendance est plutôt bien perçu car plus enclin à aboutir à des solutions logiques et efficaces<sup>565</sup>. Un tel ajustement était donc attendu avec un grand intérêt . Ce fut le cas dans une espèce en date du 9 novembre 2004<sup>566</sup> dans laquelle la caution faisait état de la non-conformité de la mention manuscrite à l'article L.313-7 du Code de la consommation .

En effet , en recopiant la formule prévue par l'article énoncé , la caution avait omis d'écrire la conjonction de coordination "et" présente entre le montant dû et la durée de l'engagement . S'appuyant sur la rigidité de l'article L.313-7 C.cons. qui impose la stricte reproduction de la mention manuscrite et « uniquement celle-ci » , le garant invoque la nullité du cautionnement. Après avoir été déboutée par les juges du fond , la caution saisit la Cour de cassation qui ne lui donnera guère satisfaction puisque la Haute juridiction retient que l'oubli constaté ne modifie en rien ni le sens , ni la portée de la mention manuscrite prescrite. En conséquence , la nullité fut écartée<sup>567</sup> .

Cette approche basée sur la recherche du sens et de la portée de la mention nous rappelle celle relative au contentieux sur l'application de l'article 1326 du Code civil au cautionnement où la jurisprudence s'attelait à vérifier que la mention imposée par le texte reflétait bien la nature et la portée de l'engagement de la caution<sup>568</sup>. L'arrêt de 2004 invite ainsi à une certaine souplesse dans l'appréciation du formalisme et s'étend à toutes les mentions légales ayant pour finalité la protection du consentement de la caution comme les articles L.341-2 et L.341-3 C.cons.<sup>569</sup>. La solution ouvre ainsi « une porte que le législateur avait entendu fermer en exigeant de la

---

<sup>563</sup>C. Bouix , « Le juge face au formalisme légal , L'exemple du droit du cautionnement », Revue de droit bancaire , Mars-Avril 2013 .

<sup>564</sup>Sur l'opposition entre les approches traditionnelles et réalistes du juge : voir Deumier , Introduction générale au droit , LGDJ 2011 , n°69 et s. , p.77 et sv.

<sup>565</sup>C. Ouerdane-Aubert De Vincelles , « Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles » , Dalloz 2002 n°219 , p.186 ; E. Bazin , « Sanction du formalisme informatif : nullité du cautionnement » , JCPG 2006 , II, 10131 ; PH. Simler et PH. Delebecque , Droit des sûretés , JCPG 2006 , I, 195 .

<sup>566</sup>Cass.civ. 1re , 9 novembre 2004 , pourvoi n°02-17.208 ; Bull.civ. 2004.I. n°254 ; JCPE 2005.180 , note D. Legeais ; RDC Avril 2005 , p.403 , obs. D. Houtcieff ; JCP.2005.I. 135 , n°4 , obs. Ph. Simler .

<sup>567</sup>Dans le même sens Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 10 avril 2013, n°12-18544.

<sup>568</sup>ex. Cass.com. 25 mai 1993 , Bull.civ.IV. , n°204 , op. préc.

<sup>569</sup>D.Houtcieff « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique » , JCP2003.I.161 .

caution la reproduction d'une formule prédéterminée et « uniquement de celle-ci »<sup>570</sup>. Cet arrêt sera alors un premier pas vers un formalisme raisonné qui privilégie l'esprit du texte sur la lettre de la loi en mettant l'accent sur le sens de la mention .

L'indulgence des juges se manifestera notamment dans deux arrêts très remarquables de la Chambre commerciale du 5 avril 2011<sup>571</sup>. Si dans une première espèce le pourvoi précise que « la nullité d'un engagement de caution souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel est encourue du seul fait que la mention manuscrite portée sur l'engagement de caution n'est pas identique aux mentions prescrites » , la Cour de cassation viendra toutefois tempérer ses propos en reconnaissant que la nullité de l'engagement de la caution puisse être écartée dès lors que le non respect du formalisme légal résulte d'une erreur matérielle comme une faute d'orthographe ou de concordance des temps<sup>572</sup>.

Afin de maintenir la pleine efficacité du cautionnement , la Cour de cassation abordera le second arrêt du 5 avril 2011 avec la même tolérance . Elle souligne que la virgule apposée entre la formule de l'article L.341-2 C.cons. et celle relative à la solidarité qui , au demeurant étaient parfaitement reproduites , n'altéraient nullement la compréhension de la caution sur la nature et la portée de son engagement<sup>573</sup>.

Certes, si l'omission d'un point, d'une virgule, d'une conjonction de coordination ou même une faute d'orthographe peuvent apparaître comme insignifiants et, de fait ne doivent pas être des éléments de nature à justifier l'annulation de la sûreté, peut-on en dire autant si l'irrégularité de la mention manuscrite porte sur l'ajout, la substitution, l'absence de mots plus significatifs ? Au regard de la jurisprudence récente , la réponse doit être positive . En effet, de façon très surprenante, la Haute juridiction est allée encore plus loin dans certains arrêts qui n'ont pas manqué d'attirer l'attention de la doctrine dont les avis sont assez partagés<sup>574</sup>. Si les solutions

---

<sup>570</sup>P. Crocq, « Mention manuscrite et conclusion du cautionnement donné au profit d'un preneur à bail : rigueur ou rigorisme ? » , sous Cass. 3ème civ. , 8 mars 2006 , n°05-11-042 ; Bull.civ. 2006 .III, n°59; RTDciv. 2006 , p.797 .

<sup>571</sup>Cass.com. 5 avril 2011 , n°09-14.358 ; Rev. dr. banc. fin. 2011 , n°89, obs. D. Legeais ; Defrénois 2012.236 , obs. S. Cabrillac ; Banque et droit 2011 , n°138 , p.34 , obs. F. Jacob ; Dr. et patr. Juill-août 2011, p.107, obs. L.Aynès ; RDC 2011.906 , obs. D. Houtcieff ; JCPE 2011, 1395 ; Ch. Albiges , « Formalisme du contrat de cautionnement : une confirmation et une précision » , RLDA 2011 , n°61 , p.27.

<sup>572</sup>Arrêt confirmé par la 1ère Ch. civile , Cass.civ. 1ère 16 mai 2012 , n°11-17.411; Gaz. Pal. 19 et 20 septembre 2012 , p.17 , obs. Ch. Albiges ; JCP.2012 .1291, n°2 , obs. Ph. Simler ; Rev. droit banc. fin.2012 , comm. 119 , obs. A. Cerles ; Gaz. Pal. 6 septembre 2012 , p.18 , obs. S. Piédelièvre .

<sup>573</sup>D. Legeais , op.cit

<sup>574</sup>A. Cerles, « La mention manuscrite du Code de la consommation » , op.préc.

rendues paraissent équilibrer le contrat, elles vont pourtant donner lieu à des jeux d'ajustements de la mention plutôt déroutants et surtout sources de litiges.

La Cour de cassation s'est par exemple affranchie de la mention stricte exigée par l'article L.341-2 C.cons. pour sauver le cautionnement dans une affaire en date du 1er octobre 2013<sup>575</sup>. Cette fois, c'est le mot "biens" dont fait référence le texte légal qui faisait défaut. En l'espèce, la caution précisait qu'elle s'engageait sur ses seuls revenus en excluant délibérément ses biens. Saisie de la question, la Cour de cassation n'y voit visiblement aucun inconvénient et écarte de fait l'annulation du cautionnement. En limitant son engagement à travers la mention manuscrite, la caution démontre par ce geste qu'elle était parfaitement consciente de la nature et de la portée de son acte. En conséquence, la validité du cautionnement ne devait être remise en cause. L'omission du mot "biens" n'aura pour seul effet que de réduire le droit de poursuite du créancier négligent. Cette décision est pour le moins étonnante car le mot "biens" demeure important et touche à l'étendue même du cautionnement.

Dans un autre cas, la caution avait, outre l'identité du débiteur, indiqué en plus dans la mention son siège social et le numéro de son immatriculation au RCS<sup>576</sup>. La Chambre commerciale considère que ces précisions ne sont pas interdites par L.341-2 C.con. et surtout « ne modifie en rien la formule légale ni n'en rendent sa compréhension plus difficile pour la caution et que la nullité du cautionnement ne pouvait être encourue pour ce motif »<sup>577</sup>.

Dans une affaire plus récente l'établissement de crédit avait pris la liberté d'ajouter à la formule de l'article L.341-2 du Code de la consommation et plus spécifiquement après la mention « au prêteur », les précisions suivantes : « ou à toute personne qui lui sera substituée en cas de fusion, absorption, scission ou apports d'actifs »<sup>578</sup>. La Haute juridiction ne lui en tient pas rigueur dès lors que cet ajout n'altère en rien « la compréhension par les cautions du sens et de la portée de leurs engagements »<sup>579</sup>.

---

<sup>575</sup>Cass.com., 1er octobre 2013, n°12-20.278 ; JurisData n°2013-021291.

<sup>576</sup>Cass.com., 16 octobre 2012, n°11-23-623 ; JurisData n°2012-023416 ; D.2012, p.2509, obs. V. Avena-Robardet.

<sup>577</sup>Dans le même sens Cass.com. 27 janvier 2015, n°13-28502 ; Cass.com. 8 mars 2011, n°10-10.699 ; JurisData n°2011-003162 ; Rev. de droit banc. et fin. 2011, comm.95, note A. Cerles.

<sup>578</sup>Cass.com. 27 janvier 2015, n°13-24.778.

<sup>579</sup>Préc.

Ainsi , l'annulation des cautionnements ne sera plus systématique : l'ajout , le retrait ou la substitution d'un mot ne sera plus vraiment un obstacle au maintien du contrat dès l'instant où le sens et la compréhension de l'acte par la caution demeurent clairs<sup>580</sup> . Mais par sa volonté de prendre des libertés de plus en plus grande avec la lettre des textes , « la Cour de cassation ouvre un contentieux sans fin »<sup>581</sup> . Un contentieux qui portera notamment sur l'emplacement de la signature de la caution par rapport à la mention .

En effet , si le garant doit écrire de sa main la mention<sup>582</sup> , il doit également à peine de nullité de l'engagement , apposer à la suite de celle-ci sa signature<sup>583</sup> . Cet impératif , la Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 17 septembre 2013<sup>584</sup> en annulant l'engagement de la caution dont la signature avait précédé la mention . La signature exprime le consentement de la caution et est donc essentielle. Cette formalité est capitale, faute de quoi l'engagement n'aurait aucune valeur.

En effet, la signature constitue la mention manuscrite de base<sup>585</sup> . Elle apparaît comme le meilleur mode d'extériorisation du consentement du débiteur<sup>586</sup> . La signature qui est « le tracé qu'une personne appose au bas d'un document écrit pour attester la vérité des assertions qu'il contient ou la sincérité de l'engagement pris »<sup>587</sup> , permet par ce geste d'exprimer physiquement le consentement de celui qui l'a couché sur le papier et qui, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, ne peut qu'être apposée volontairement par son auteur qui manifeste ainsi son intention de s'engager. Selon Monsieur Plas, la signature correspond à « l'expression de la volonté du signataire , en l'apposant, celui-ci affirme sa présence et manifeste sa volonté »<sup>588</sup> . Elle permet directement de faire le lien avec son auteur, elle passe dès lors pour être le « fleuron de sa personnalité »<sup>589</sup> . De fait, elle doit nécessairement apparaître après la formule rédigée pour démontrer que l'engagement consenti est bien

---

<sup>580</sup>Cass.com.10 avril 2013, n°12-18.544; JCPE 2013.1764 , D. Legeais ; JurisData 2013-006862 : Le fait d'ajouter des termes « personnel et solidaire » ou substituer le mot « banque » à ceux de « prêteur » ou « créancier » n'entraîne pas la nullité du contrat .

<sup>581</sup>D. Legeais , sous Cass.com.10 avril 2013 ; Revue de droit banc. et fin. Mai-Juin 2013, p.52.

<sup>582</sup>Cass. 1ère civ. , 28 novembre 2012 , n°10-28-372 ; JurisData n°2012.027337 ; Revue de droit banc. et fin. Janvier-février 2013 , p.38 , obs. D. Legeais .

<sup>583</sup>Art.L341-2 C.cons.

<sup>584</sup>Cass.com. , 17 septembre 2013 , n°12-13-577; JurisData n°2013-019876 ; Revue de droit banc. et fin. Nov.-Décembre 2013 , p. 26 , obs A. Cerles ,

<sup>585</sup>D. Majdanski, « La signature et les mentions manuscrites dans les contrats », Presses universitaires de Bordeaux.

<sup>586</sup>D. Majdanski, préc.

<sup>587</sup>Définition Petit Larousse , éd. 2007.

<sup>588</sup>A. Plas, « La signature, condition de forme et manifestation de volonté », Thèse Poitiers, 1935.

<sup>589</sup>D. Lamethe, « La signature dans les actes sous seing privé », Thèse Paris II, 1975, p.10.

compris<sup>590</sup>.

Néanmoins , de manière cohérente , lorsque les circonstances ne légitiment pas une remise en cause de l'efficacité de la garantie , la Haute juridiction fera preuve d'une certaine souplesse . Tel est le cas lorsque la caution dresse une seule signature à la suite des deux formules exigées par les articles L.341-2 et L.341-3 du Code de la consommation . Dès lors que ces dernières sont correctement reproduites , rien ne s'oppose à ce que la caution les approuve de cette façon<sup>591</sup> .

De même qu'est toléré l'ajout d'une accolade munie d'une flèche faite par la caution pour signifier qu'elle remplaçait sa signature à l'endroit où elle aurait dû normalement être , soit en dessous de la mention et non avant , de sorte que la cour observe que « par cette technique qui n'est pas prohibée par la loi , la caution a littéralement fait précéder sa signature de la mention »<sup>592</sup>.

Ainsi , « Conscient des prérogatives qui sont les siennes , le juge s'émancipe de la tutelle légale et applique la loi de manière souple et raisonnée , fait prévaloir la justice de la solution sur le respect des règles »<sup>593</sup>. De cette application téléologique des prescriptions légales , le juge en fera une démonstration éclatante sur le sujet pointilleux de la sanction du défaut ou de la non-conformité de la mention d'un cautionnement solidaire au modèle posé par l'article L.341-3 C.cons. .

Alors qu'une lecture exégétique du texte dictait la nullité totale du cautionnement, des voix se sont élevées pour une sanction mesurée , plus adaptée aux buts de la loi , une solution qui garantirait à la fois la protection de la caution et la sécurité juridique au créancier<sup>594</sup>. Si ce

---

<sup>590</sup>Cass.com.22 janvier 2013 , n°11-22-831 ; JurisData n°2013-000912 ; D.2013 , p.1736 , obs.P. Crocq ; Revue de droit banc. et fin. 2013 , Mars-Avril 2013 , n°54 , p.51 , obs. A. Cerles ; Gaz.Pal. 20 et 21 mars 2012 , p.15 , note M.P. Dumont-Lefrand .

<sup>591</sup>Cass.com. 16 oct. 2012 , n°11-23-623; JurisData n°2012.023416 ; RD. banc. et fin. Janv.-févr.2013 .Confirmé par Cass.com. 27 mars 2012 , n°10.24.698 ; JurisData n°2012 -005702 : « Ne contrevient pas aux dispositions d'ordre public du premier de ces textes l'acte de cautionnement solidaire qui , à la suite de la mention manuscrite prescrite par ce texte , comporte celle prévue par le second , suivie de la signature de la caution ».

<sup>592</sup>CA Lyon , 6 septembre 2012 , n°10.07918 ; JurisData n°2012-021163 ; RD. banc. et fin.2012 , comm.181 , obs. A. Cerles ; JCP2012 .1291 , n°1 , obs. P. Simler .

<sup>593</sup>C. Bouix , « Le juge face au formalisme légal , l'exemple du droit du cautionnement » , op.cit.

<sup>594</sup>« C'est la solution qu'impose la raison. Juger est bien difficile quand le législateur déraisonne » : Ph. Simler et Ph. Delebecque , Droit des sûretés , JCPG.2010 , p.708 , op.cit ; des mêmes auteurs , Droit des sûretés , JCPG2010.708 ; D. Houtcieff , « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique » , JCPG 2003.I.161 , spéc.§10; D. Legeais , « Le non-respect de la mention manuscrite pour que le



raisonnement n'a pas séduit le législateur qui s'en tiendra à une conception radicale de l'article, il fera son chemin auprès de la Cour de cassation qui choisira la voie de la raison dans un arrêt du 8 mars 2011<sup>595</sup>, une vision novatrice qu'elle confirmera par la suite à plusieurs reprises<sup>596</sup>. Ainsi, dans la mesure où seule la modalité de stipulation de solidarité a été affectée, il n'y a pas lieu de recourir à l'annulation de l'acte. Le principe même de l'engagement en qualité de garant étant préservé, il paraît plus judicieux de « paralyser » uniquement les effets de la solidarité, de sorte que le créancier ne puisse s'en prévaloir. Le contrat souscrit par la caution demeure donc valable mais en tant que cautionnement simple et non plus solidaire. Ce « déclassement » du cautionnement est salué par la doctrine qui y voit une interprétation de bon sens<sup>597</sup>.

Le cautionnement solidaire est un acte lourd de conséquences pour la caution au point que le législateur a jugé opportun d'ajouter un texte spécifique devant faire prendre conscience au garant de l'extrême gravité d'un tel engagement. Pourtant, cette protection ne sera que partielle. En effet, l'article L.341-3 C. cons. ne fait référence qu'au bénéfice de discussion sans dire un mot sur la renonciation opérée par la caution solidaire au bénéfice de division. Or, bien souvent, le créancier prend soin de demander à la caution solidaire de renoncer aussi bien au bénéfice de discussion qu'à celui de division afin de poursuivre chaque cofidéjusseur pour le tout. Dès lors, pourquoi une telle restriction ? Cela n'a pas de sens. La logique veut que le législateur aille jusqu'au bout de ses ambitions protectrices. Ce point mérite donc une

---

cautionnement soit solidaire se traduit par un cautionnement simple », JCP E 2011.1270 ; G. Lardeux, « Formalisme légal contre pouvoir judiciaire d'appréciation », RDC2006, p.749 ; Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, 4ème éd. Litec, 2008, n°258, p.235 ; du même auteur « Prévention et dispositif de protection de la caution », LPA 10 avril 2003, p.23 ; S. Piedelièvre, Droit des sûretés et droit de la consommation, Dr. et patr. Sept. 1997, p.58 ; Y. Picod, Droit des sûretés, 2è. éd., PUF, coll. « Thémis », 2011, n°31 ; G. Loiseau et J. Djoudi, op. préc.

<sup>595</sup>Cass.com. 8 mars 2011 ; Bull.civ.2011.IV, n°31 ; JurisData n°2011-003162 ; RD.bancaire et fin.2011, comm.95, note A. Cerles ; JCP E 2011.1270, note D. Legeais ; D. 2011, p.1193, obs. V. Avena-Robardet, note Y. Picod ; Gaz. Pal. 31 mars 2011, p.16, obs. Ch. Albiges ; Bull. Joly Sociétés 2011, p.470, note D. Houtcieff ; Dr. et patr. Juill.août 2011, p.107, obs. L. Aynès ; RDC2011, p.910, obs. D. Houtcieff ; RDCciv2011, p.375, obs. P. Crocq ; Defrénois 2012. 237, obs. S. Cabrillac.

<sup>596</sup>Cass.civ. 1re, 5 avril 2012 n°11-12.515 ; D.2012, p.1578, obs. P. Crocq ; Gaz. Pal. 31 mai 2012, p.9, obs. S. Piédelièvre ; D.2012, p.1004, obs. V. Avena-Robardet ; Defrénois 2013.292, obs. S. Cabrillac ; JCPE2012. 1329, note D. Legeais ; RD. banc. et fin. 2012, n°86, obs. A. Cerles ; Cass.com. 10 mai 2012, n°11-17671 ; Banque et Droit juill.-août 2012, p.41, obs. E. Netter ; Cass.com. 16 oct. 2012 n°11-23623, op. cit.

<sup>597</sup>Y. Picod, « Le juge au secours du législateur : comment la Cour de cassation réécrit l'art. L.341-3 du Code de la consommation » ; D. 2011, 1193 : « La chambre commerciale semble s'affranchir d'un texte relativement clair à notre sens, mais qui conduisait à une solution inadaptée et juridiquement inacceptable. Elle passe ainsi d'une fonction classique d'interprétation à un véritable pouvoir d'adaptation permettant de mettre fin à une incohérence, sans attendre une loi de simplification et de clarification ou encore l'éventuelle grande réforme législative du cautionnement qui tarde à venir depuis les pertinentes propositions de la commission Grimaldi » ; P. Crocq, « La violation de l'art. L.341-3 du code de la consommation n'entraîne pas la nullité du cautionnement tout entier », RTDciv. 2011, p.375.

clarification .

Poursuivant cette interprétation "intelligente" des textes , la jurisprudence va aussi préciser la nature de la nullité à appliquer en cas de non-respect de ces derniers . Dans la mesure où la violation du formalisme a pour finalité la protection des intérêts de la caution , l'irrespect de la règle doit être sanctionné par la nullité relative<sup>598</sup>. Relevant d'un ordre public de protection, seule la caution protégée a le pouvoir de se prévaloir d'une irrégularité formelle de la mention et donc d'agir en nullité<sup>599</sup>, elle peut aussi y renoncer et confirmer l'acte irrégulier en l'exécutant volontairement en connaissance de cause<sup>600</sup>.

Ainsi , la Cour de cassation profite des marges d'interprétations qui lui sont laissées pour ajuster à sa guise la mention manuscrite et éviter l'interprétation contra legem .

### **Conclusion sur le formalisme protecteur**

Nous l'aurons compris, la protection de la caution par la mention manuscrite est loin d'être un long fleuve tranquille. Elle revêt une complexité particulière , elle l'est d'autant plus que la multiplication des textes qui la régissent rendent la matière fragile et discutable<sup>601</sup> . Améliorer le sort de la caution , tel est toujours le mot d'ordre! Mais comment ? Et surtout à quel prix ?

Chacun s'accordera à reconnaître que les mentions manuscrites sont nécessaires à l'expression de la volonté de ceux qui les apposent. Il ne saurait être question de limiter leur usage non seulement parce qu'elles permettent l'expression concrète du consentement des parties mais aussi parce qu'elles précisent leurs intentions, ce qui est fondamentalement le cas de la signature qui est ainsi « le sceau de la volonté » des cautions qui contractent<sup>602</sup>.

---

<sup>598</sup>CA Montpellier ,7 mars 2000; JurisData n°2000-119031; CA Limoges, 20 mai 1997, contrats, conc. , consom.1998, comm. n°12 , obs. G. Raymond ; CA Paris , 17 mai 1996 ; JCPG.1997 , I , 3991 , n°6 , obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque .

<sup>599</sup>Ex. CA Paris, 19 mars 1999 ; JurisData n°1999-022776.

<sup>600</sup>Cass.com. , 5 février 2013 , n°12-11-720 ; JurisData n°2013-001587 ; RD. banc. et fin. Mars-Avril 2013 , n°51 , obs. D. Legeais , p.50; JCP E 2013.1174 , note S. Le Gac-Pech. ; Gaz. Pal. 20 et 21 mars 2012 , p.16 , note M-P. Dumont-Lefrand ; JCP 2013.440 , note Ph. Simler ; RTDI 2013 , n°6 , obs. O. gout.

<sup>601</sup>B. Vial-Pedroletti , « Cautionnement et formalisme : appel à l'unité » , Loyers et copr. Avril 2006, n°4 , étude 5 ; D. Valette , « L'incertitude de la notion de forme du cautionnement » , JCP N 1993 , p.157 ; I. Tricot -Chamard , « Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement , suite ou fin ? » , JCP G 2004 . I . 112.

<sup>602</sup>A. Plas, « La signature, Condition de forme et manifestation de volonté », op.cit.

Mais, « le processus de protectionnisme vigoureux de la caution engagé par le législateur dont les mentions manuscrites sont l'épicentre font courir des risques à l'institution même du cautionnement »<sup>603</sup>. A qui la faute ? Aux cautions qu'on infantilise et qui, pour le coup font peu d'effort pour comprendre l'acte dans lequel elles s'engagent avec le plus grand détachement, se disant que derrière « l'Etat protecteur est là pour les sauver » ? Aux créanciers imprudents ? Ou au législateur qui, dans son acharnement à renforcer la protection de la caution en lui faisant prendre conscience de l'importance de son engagement n'a pas suffisamment mesuré les conséquences fâcheuses d'une telle entreprise.

Winston Churchill disait, « on ne peut régler les problèmes en les mettant de côté ». Les textes dérogatoires au principe du consensualisme qui traditionnellement gouvernait le cautionnement, n'ont pas été à la hauteur des attentes placées en eux<sup>604</sup>. Ils n'ont fait que bouleverser le droit du cautionnement en instaurant un climat de défiance. Leur soi-disant rôle protecteur des cautions n'est que de la poudre aux yeux. En effet, les mentions manuscrites doivent normalement accroître l'attention des cautions en les sensibilisant aux dangers de leur engagement. Or, il n'en est rien si l'on s'attache au contentieux que génère la matière<sup>605</sup>. Et pour cause, les mentions manuscrites paraissent inadaptées pour assurer le but qui leur était assigné de protéger efficacement les cautions au cours de la formation du contrat. Avec des formules trop longues, techniquement compliquées pour la compréhension de certains, ces mentions deviennent dès lors contre-productives. Doit-on rappeler au législateur que ces dispositions s'adressent selon sa volonté à des profanes que la technicité rebute au point de recopier machinalement le texte.

Parallèlement à cela, la rigueur de la sanction de ce formalisme informatif poussé à son paroxysme révèle ses effets pervers. « Une véritable bévue législative »<sup>606</sup>, qui est loin de tarir le contentieux puisqu'elle donne lieu à des dérives de certaines cautions de mauvaise foi qui vont se saisir des carences formelles sanctionnées par la nullité pour briser les chaînes qui les liaient au créancier<sup>607</sup>.

---

<sup>603</sup>F. Maume, « Le cautionnement, souvenir d'un contrat consensuel », Mémoire de Master I, Droit des sûretés, sous la dir. de D. Houtcieff, 2009-2010, Univ. d'Evry-Val-d'Essonne.

<sup>604</sup>F. Pasqualini, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », op. cit. ; D. Legeais, « La réforme des garanties ou l'art de mal légiférer », op. cit. ; X. Lagarde, « Observation critique sur la renaissance du formalisme », JCP G . I., 170.

<sup>605</sup>A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », Mélanges Calais-Auloy, Dalloz 2002, P.597.

<sup>606</sup>Ph. Simler, op. cit., n°258.

<sup>607</sup>« A la vérité, les dispositions de la loi dite « Dutreil » sont si mal rédigées qu'elles semblent appeler à un assouplissement du formalisme qu'elles édictent » : D. Houtcieff, « Propos sur un formalisme moderne : les

«Le formalisme n'est pas une fin en soi »<sup>608</sup>. Il est nécessaire de penser « un formalisme intelligent » pour restaurer toute sa place à la mention manuscrite protectrice de la caution . Pour ce faire , il faudrait panser les plaies provoquées par « la médiocrité du travail législatif »<sup>609</sup> en simplifiant les lois . Concrètement , moins de lois avec une meilleure qualité rédactionnelle . Ces dernières doivent prévoir des mentions manuscrites moins fastidieuses, intelligibles par les cautions profanes non habituées au langage juridique. Cela suppose aussi un formalisme qui ne rimerait pas avec rigidité . Car une sanction qui serait appliquée de manière radicale et systématique priverait les juges de leur appréciation pourtant nécessaire dans certains cas<sup>610</sup> .

En outre , soyons réalistes ! Les mentions manuscrite ne peuvent à elles seules suffire à garantir efficacement la protection des cautions si elles ne sont pas accompagnées d'un conseil et même d'une mise en garde du créancier sur les risques que comporte le cautionnement . Aussi, dans une quête perpétuelle au consentement éclairé de la caution, ces devoirs de conseil et de mise en garde vont progressivement se frayer un chemin au sein du cautionnement pour devenir des moyens de protection incontournables (Chapitre 2).

---

articles L341-2 et L341-3 du Code la consommation » , RDC 2004 , p.410 .

<sup>608</sup>D. Houtcieff, op. cit.

<sup>609</sup>Ph. Simler , op. cit.

<sup>610</sup>S. Piedelièvre , op. cit. , p.48.

## **CHAPITRE 2 : LA CONSOLIDATION DE L'INFORMATION DE LA CAUTION PAR L'ADOPTION DE NOUVEAUX COMPORTEMENTS ACTIFS DU CREANCIER**

Le besoin impérieux de contrebalancer dans le contrat de cautionnement la position privilégiée du créancier dans ses rapports avec la caution justifie de nos jours le développement de nouveaux devoirs auxquels il devra se soumettre<sup>611</sup>. La reconnaissance d'un devoir de mise en garde ses dernières années au profit de la caution est une avancée considérable (section 1), une protection qui rejoint celle combattant les cautionnements disproportionnés (section 2).

### **SECTION 1: LA PROTECTION DES CAUTIONS PAR LA CONSECRATION D'UN DEVOIR DE MISE EN GARDE**

« Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage. Il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile [....]. S'il en était autrement, la vie des hommes , sous la surveillance des lois , ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance dégénèrerait elle-même en inquisition. »

Portalis, Discours préliminaire

L'exigence de transparence dans les relations contractuelles, principe fondamental s'il en est, nécessite les contrepoids complémentaires que représentent d'une part le principe d'égalité et d'autre part le principe de loyauté entre les contractants. Dans cette perspective, la consécration d'un devoir de mise en garde conduisant à la responsabilité contractuelle du créancier constitue un instrument adéquat pour faire respecter ces principes d'équilibre dans le cautionnement.

---

<sup>611</sup>J. Vézian , La responsabilité du banquier en droit privé français, op. cit.

Créé de toutes pièces par la jurisprudence, cette nouvelle contrainte mise à la charge des établissements de crédit dès le début du XXI<sup>e</sup> siècle tend, lors de la conclusion du contrat, à attirer l'attention des cautions sur les risques de l'opération projetée et/ou sur la disproportion de l'engagement à souscrire. La caution, « qui joue son destin en fonction de celui du débiteur principal », est à nouveau l'objet des toutes les attentions.

Progressivement, la mise en garde devient un moyen de défense redoutable que les cautions vont saisir pour mettre en échec les créanciers. Si ce mécanisme de protection se distingue par son originalité, il soulève toutefois la question de l'opportunité d'une telle évolution au moment où le droit du cautionnement vogue en eaux troubles. Reste à espérer que cette consécration d'un devoir de mise en garde, au nom de l'impératif de bonne foi, ne viendra pas ruiner l'efficacité de la sûreté. L'objectif essentiel qui nous est familier est alors toujours de trouver un point d'équilibre entre cette efficacité du cautionnement et la protection de la caution. Pour ce faire, la jurisprudence a peu à peu dessiné les contours de ce devoir de mise en garde en déterminant son objet et ses bénéficiaires (§1), en administrant des sanctions spécifiques à l'encontre des créanciers fautifs (§2).

### **§1) LA MISE EN GARDE, UN DEVOIR EN PLEINE EXPANSION**

Le créancier, en sa qualité de partie forte au cautionnement, se voit déjà imposer de nombreuses obligations. Outre un formalisme lourd, une obligation d'information précontractuelle déjà là pour éclairer la caution, délai de réflexion, de rétractation ... Pourquoi devrait-il être tenu d'aller au-delà ? D'autant qu' « il est incontestable que transparence n'est pas clarté et , nous savons aussi qu'une transparence trop complète peu confiner à l'opacité et contraindre à la confiance aveugle tant la visibilité n'est pas lisibilité ou intelligibilité »<sup>612</sup>.

---

<sup>612</sup>B.Bury, « Observation sur l'exigence d'un consentement libre et éclairé, et le recentrage de l'obligation d'information du banquier », RD. banc. et fin. , mai-juin 2007, p.65.

La volonté de la jurisprudence est perceptible. Souhaitant instaurer dans la pratique de bons rapports entre les contractants, les deux Chambres de la Cour de cassation ont voulu favoriser des comportements loyaux par le dialogue et l'échange d'informations entre les parties au contrat de cautionnement. Beaucoup plus contraignante qu'une simple information (A), la mise en garde sera toutefois un privilège réservé aux seules cautions profanes qui ont davantage besoin d'être averties sur les risques encourus de leur engagement (B).

### **A) LA PORTEE DU DEVOIR DE MISE EN GARDE**

Réservé à l'origine aux emprunteurs<sup>613</sup>, le devoir de mise en garde va connaître un développement important dans le cautionnement. Ce regain d'intérêt s'explique évidemment par la position de faiblesse qu'occupe la caution dans la sûreté personnelle. Aussi, pour éclairer le consentement de la caution, le créancier doit aller au-delà des simples informations précontractuelles auxquelles il est soumis. On attend de lui qu'il fournisse à la caution des informations supplémentaires lui permettant de prendre une décision en connaissance de cause. Cette astreinte va se révéler être un véritable piège pour les créanciers qui n'auront d'autre choix que de s'y soumettre.

---

<sup>613</sup>Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 : JurisData n°2007-039908 et 2007-039909 ; JCP G 2007, II, 10146, obs. A. Gourio ; RTD civ. 2007, p.779, note P. Jourdain ; JCP E 2008, 2105, obs. D. Legeais ; D.2007, p.2081, obs. S. Piedelièvre ; Cass. com. 3 mai 2006, pourvoi n°04-15.517, Crédit Lyonnais c/ Epx Pouth ; JurisData n°2006-033322 ; JCP. E 2006, 1890, obs. D. Legeais ; Cass.civ. 1re, 12 juillet 2005 ; RD. Bancaire et fin. 2005, p.103, obs. F. Crédot et Y. Gérarda ; D. 2005, 3094, note B. Parance ; JCPG 2005, II, 10140, obs. A. Gourio ; Dr. et patr. 2006, p.123, obs. Ph. Dupichot ; JCP.E. 2005.1359, obs. D. Legeais ; D.2005.somm. 2276, obs. X. Delpech ; Cass.civ. 8 juin 2004 ; RD bancaire et fin. 2004, p.245, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; JCP.E 2004, 144, obs. D. Legeais ; Banque et droit 2004, p.56, note Th. Bonneau ; Gaz. pal. 27 mars 2005, p.26, obs. F. Boucard ; Voir également sur la mise en garde de l'emprunteur : H. Guyader, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti » : Contrats, conc. Consom. 2008 étude 5 ; T. Favario, « Les contours jurisprudentiels du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti », RD bancaire et fin. 2010, mai-juin, p.22 ; F. Boucard, Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution : RD bancaire et fin. 2007, p.17 ; C. Boismain, « L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », JCP G 2010, 301 ; J. Daniel, « Le devoir de mise en garde du banquier », LPA 18 févr. 2008, p.5 ; M. Mekki, « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », RD bancaire et fin. 2007, n°22, p.27 ; R. Routier, « Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti », RD bancaire et fin. 2007, p.28.

Ce qui est mis en exergue, c'est la fonction préventive que joue la mise en garde et l'intérêt certain qu'elle présente pour la caution puisque « la mise en garde consiste à attirer l'attention du contractant sur un aspect négatif du contrat ou de l'objet du contrat. C'est principalement contre un danger, un risque que l'on est tenu de mettre en garde quelqu'un »<sup>614</sup>.

Toutefois, ce devoir de mise en garde reconnu aux cautions diffère de celui dont bénéficient les emprunteurs<sup>615</sup>. En effet, si pour ces derniers, la contrainte des établissements de crédit se scinde en plusieurs obligations<sup>616</sup>, la mise en garde adressée aux cautions s'attache essentiellement à s'assurer que celle-ci souscrive un cautionnement non excessif par rapport à ses ressources et patrimoine<sup>617</sup> et d'aviser cette même caution sur la situation du débiteur cautionné en lui spécifiant les risques pouvant déboucher du montage financier entrepris par ce tiers<sup>618</sup>. L'objectif étant d'exclure « un cautionnement ruineux pour elle »<sup>619</sup>.

De fait, la mise en garde est bien plus qu'une simple information car elle suppose une étude personnalisée prenant en compte les capacités financières de la caution et les risques liés à la conclusion du contrat de cautionnement. Le garant aura ainsi toute la latitude d'évaluer en pesant le pour et le contre l'adéquation de la garantie proposée à sa situation et ses attentes. Étant entendu qu'elle reste responsable de sa décision finale de conclure ou non le cautionnement. Car « tout individu entrant dans le commerce juridique doit veiller à sa propre sûreté et ne pas avaler comme argent comptant les couleuvres que "la réclame" aimerait lui voir avaler »<sup>620</sup>.

En outre, cherchant à donner un sens aux mots, la Haute juridiction va distinguer le terme de mise en garde et conseil<sup>621</sup>. Ce dernier présente un caractère beaucoup plus contraignant pour le créancier puisqu'il peut aboutir à une obligation de ne pas contracter le cautionnement

---

<sup>614</sup>M. Fabre-Magnan, « De l'obligation d'information dans les contrats », LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.221, préf. J. Ghestin.

<sup>615</sup>D. Legeais, « Devoir de mise en garde d'un établissement de crédit fournisseur de crédit à un particulier », JCP.E.2006, n°23, p.996.

<sup>616</sup>« devoir de se renseigner sur les capacités de remboursement de l'emprunteur », « devoir de consentir un crédit adapté aux facultés de remboursement de l'emprunteur », « d'alerter l'emprunteur sur les risques de l'opération et de non remboursement ».

<sup>617</sup>L'exigence de proportionnalité est donc étroitement liée à la mise en garde.

<sup>618</sup>F. Crédot, P. Bouteiller, « De quel manquement au devoir de mise en garde la caution peut-elle se prévaloir ? », JCP.E 2010, 1785.

<sup>619</sup>F. Crédot, P. Bouteiller, op. cit.

<sup>620</sup>B. Bury, op. cit.

<sup>621</sup>Sur la distinction entre les différentes notions d'information, conseil de mise en garde : M. Mignot, « Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et sa caution : devoir d'informer, de conseiller ou de s'abstenir de contracter ? », in J. Lasserre-Capdeville (dir.), Le crédit, Aspects juridiques et économiques Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 77.



manifestement excessif. D'ailleurs, lorsque les cautions intentent une action contre les créanciers c'est bien souvent sur la base d'un manquement à leur devoir de conseil qui leur offre plus de perspective et apparaît plus protecteur de leurs intérêts<sup>622</sup>. Mais en état actuel de la jurisprudence, c'est la voie médiane qui est préférée en se référant davantage à la mise en garde due à la caution qui implique certes, de mettre en garde mais non de refuser le cautionnement en cas de garantie excessive.

De plus, le devoir de conseil se heurte de plein fouet au principe de non-immixtion du banquier dans les affaires de ses clients et dont l'article L.650-1 du Code de commerce se fait l'écho<sup>623</sup>. Le devoir de mise en garde vient ainsi faire de l'ombre au devoir de conseil.

La mise en garde présente, nous dit-on, la particularité d'éveiller les consciences<sup>624</sup>. Sa consécration a permis notamment d'éviter une crise grave du crédit. Lorsqu'on songe aux années sombres et chaotiques qu'ont connues les États-Unis suite à la crise financière, on mesure encore plus l'ampleur du phénomène et on se dit qu'on est passé à côté du pire en France. En effet, le comportement rationnel des banques françaises qui ont su anticiper en prenant en compte la capacité de remboursements des emprunteurs, a limité les risques et épargner beaucoup de monde de la ruine, et tout cela sous l'œil aiguisé de la jurisprudence qui nécessite pas à rappeler aux établissements de crédit leurs obligations.

Par sa fonction préventive, la mise en garde alerte donc la caution du danger qui la guette en contractant. En cela, elle devient nécessaire dans la protection de la caution qui peut juger de l'opportunité de se porter garante d'un tiers.

Toutefois, si cette mise en garde semble être due sans restriction par les établissements de crédit lorsque la caution est profane, c'est une toute autre histoire pour les cautions à qui on assigne l'étiquette d'averties. Une protection qui se veut à nouveau sélective et qui porte en elle le risque majeur d'engendrer une insécurité juridique tant les critères de distinctions entre les différentes catégories de cautions sont insuffisants et beaucoup trop flous (B).

---

<sup>622</sup>Ex. Cass. com. 3 mai 2006, Crédit Lyonnais c/Epx Pouth ; op. cit.

<sup>623</sup>V. D. Tricot, Colloque du 28 septembre 2006, La rémunération du crédit en Europe : RD bancaire et fin. 2007, p.83.

<sup>624</sup>F. Crédot, P. Bouteiller, « De quel manquement au devoir de mise en garde la caution peut-elle se prévaloir ? », op.cit.

## **B) UNE PROTECTION RESERVEE AUX SEULES CAUTIONS NON AVERTIES**

La toute puissance du banquier libre dans sa décision d'accorder ou de refuser un crédit n'est plus<sup>625</sup>. Normalement, au nom du principe de non-immixtion du banquier dans les affaires de ses clients, ce dernier n'a aucune diligence particulière à accomplir<sup>626</sup>. C'est au particulier de veiller à ses intérêts et de s'assurer de l'opportunité de ses actes. « Le banquier n'est donc investi d'aucune mission générale de police de la relation bancaire que ce soit dans l'intérêt public ou dans l'intérêt des tiers, ni même de sa clientèle »<sup>627</sup>. Mais les pratiques bancaires se sont complexifiées et les risques amplifiés. Si ces derniers sont mesurés par les établissements de crédit, ils le sont nettement moins par les particuliers de plus en plus confrontés au surendettement.

Aussi, ces professionnels de la banque ont dû corriger leurs pratiques, lesquelles doivent désormais s'aligner avec ce qui est politiquement et juridiquement acceptable. Dès lors, le banquier ne peut s'abstenir d'informer, d'éclairer son cocontractant. Son comportement se doit d'être loyal en mettant notamment en garde la caution sur les dangers du cautionnement qu'elle s'apprête à signer. Ne dit-on pas que « le banquier doit agir en bon professionnel ! ».

Toutefois, ce devoir de mise en garde « n'est ni général ni absolu »<sup>628</sup> et ne s'adresse qu'aux cautions non averties<sup>629</sup> et dont les capacités financières présentent un risque au regard du cautionnement qu'elle envisage de souscrire. Mais la frontière entre cautions averties et celles qui ne le sont pas est bien difficile à dessiner. La tâche est d'autant plus grande que la jurisprudence n'utilise pas de façon explicite les vocables d' "avertie" ou de "profane" mais recourt à des critères d'identification de la caution en fonction des circonstances qui entourent la conclusion du cautionnement. Les paramètres pris en compte sont assez variables et

---

<sup>625</sup>D. Legeais, « Le renouvellement des principes fondamentaux du droit bancaire » ; Propos introductifs, RD bancaire et fin. 2013, sept.-oct. , p.64.

<sup>626</sup>Sur le principe de non-immixtion voir par exemple l'ouvrage de J. Stoufflet et Cavada, Droit bancaire, 8ème éd., Litec 2010, n°294 ; ainsi que J. Crédot, « Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance -Etat de la jurisprudence avant la loi nouvelle », Banque 1990 , n° spécial Hors-série , p.17 .

<sup>627</sup>N. Mathey , « La portée du devoir de vigilance », RD bancaire et fin. 2013 , p.93 .

<sup>628</sup>A. Gourio , « Le devoir de mise en garde du banquier consacré à son tour par la Chambre commerciale », D.2006 , n°21 , p.1445 .

<sup>629</sup>Ex. Cass.com. 29 septembre 2015, n°14-21693 ; Cass.com. 22 septembre 2015, n°14-15164 ; Cass.com. 13 janvier 2015, n°13-24875 ; Cass.com. 27 janvier 2015, n°13-27625 ; Cass .civ. 1<sup>ère</sup>, 14 octobre 2015, n°14-14531 : pour d'autres exemples <http://WWW.legifrance.gouv.fr>.

aboutissent à des solutions imprévisibles. Nous étions en quête de clarté, il semblerait que ce n'est certainement pas dans le cadre de cette obligation de mise en garde envers la caution qu'on la trouvera.

Effectivement, la distinction opérée est fragile et rend la matière instable. A la lecture des différents arrêts rendus par les deux Chambres de la cour de cassation, on parvient tout juste à extraire des critères qui paraissent essentiels pour classer les cautions dans telle ou telle catégorie. Cette dichotomie suppose donc de la part des juges du fond une appréciation in concreto de la qualité du garant, une étude au cas par cas<sup>630</sup>.

En principe, sont considérées comme non averties les personnes ayant des liens de parentés avec le débiteur principal. Ces proches, qu'il s'agisse du conjoint, concubine, compagne<sup>631</sup>, de l'enfant<sup>632</sup>, ou d'un parent, doivent en théorie bénéficier du devoir de mise en garde. La proximité des rapports qu'ils entretiennent avec celui qu'ils cautionnent n'est pas un critère suffisant à lui seul pour retenir le caractère de caution avertie. Il en sera de même pour les personnes âgées ou les étudiants en raison de la précarité qui les caractérise. Ainsi par exemple, dans la série des trois arrêts du 3 mai 2006, l'un d'entre eux fait justement référence à une étudiante dont l'âge à la date de l'engagement litigieux et le statut dans la société débitrice principale lui valurent la grâce de la Cour de cassation<sup>633</sup>. Fille de l'un des dirigeants, la jeune caution aux ressources modestes n'occupait en outre aucune fonction de direction ni aucune responsabilité au sein de la SCI Mainguy. En conséquence, la Haute juridiction lui reconnaît la qualité de caution de non avertie et de fait le bénéfice du devoir de mise en garde par le banquier. La référence au principe de proportionnalité est évidente. L'engagement de cautionnement souscrit par Isabelle Mainguy était hors de proportion avec ses facultés financières. Dès lors, l'établissement de crédit a manqué à son obligation de contracter de bonne foi et voit donc sa responsabilité à l'égard de la caution engagée<sup>634</sup>.

---

<sup>630</sup>Sur ce pouvoir d'appréciation : ex. Cass. com. 3 juill.2012 ; Dr. et patr. févr. 2013 p.80, obs. Ph. Dupichot.

<sup>631</sup>Cass.com., 3 févr. 2009; RD bancaire et fin.2009, n°51, obs. D. Legeais ; Cass.com 2 oct. 2012 ; Dr. et patr. févr.2013, p.80, obs. Ph. Dupichot.

<sup>632</sup>Cass. com. 17 mai 2011 ; RD bancaire et fin. 2011, n°131, obs. A. Cerles ; Gaz. Pal. 21 et 22 sept. 2011, p.20, note Ch. Albiges.

<sup>633</sup>Cass.com. 3 mai 2006, Mainguy c/SA Natiocréditbail, n°640 ; Bull.civ. 2006, IV, n°103; JurisData n°2006-033320.

<sup>634</sup>Dans le même esprit : Cass.com. 20 sept. 2005; Bull.civ. IV, n°176 ; JCPE 2005, 1145, obs. D. Legeais ; D.2005, p.2588, note X. Delpech.

Pour qu'il en soit autrement, une compétence ou une implication particulière des garants dans l'entreprise doit être démontrée<sup>635</sup>. Il en fut ainsi par exemple pour une épouse qui se voit qualifier de caution avertie en raison de la profession qu'elle exerçait dans le passé et de son rôle joué auprès de son mari dans la société constituée<sup>636</sup>. Si dans cette espèce la solution de principe se comprend aisément, la référence à l'ancienne profession de la caution nous laisse beaucoup plus dubitatifs. En effet, cette dernière était infirmière ! Nous doutons fort que les compétences relatives à ce métier aient vraiment un rapport avec le monde de l'entreprise.

La même sentence, nous ditons, sera prononcée à l'encontre de toute caution qui se fera assister d'un conseiller lors de la conclusion d'un contrat de cautionnement<sup>637</sup>, une solution semblable à celle de l'affaire Joffre<sup>638</sup>. Dans cette espèce, l'épouse Joffre avait contracté deux emprunts pour financer les travaux d'aménagement et d'extension d'une villa pour les besoins de sa profession. En conflit avec sa banque, l'emprunteuse invoquait le manquement d'une mise en garde par le banquier à son égard. Pourtant ce dernier fut exonéré de toute obligation au titre que madame Joffre avait bénéficié de l'assistance de son conjoint lors de la souscription des deux prêts litigieux. L'époux en question, caution de sa femme, était de surcroît cadre supérieur dans l'un des établissements de crédit mise en cause. Madame Joffre n'est certes pas caution mais emprunteuse, toutefois le raisonnement demeure le même. Les circonstances qui entourent la conclusion du contrat de prêt ou de cautionnement laissent entendre aux juges que la personne concernée pouvait facilement obtenir tous les renseignements nécessaires auprès de celui qui l'a assisté pour apprécier l'opportunité de son engagement par rapport à ses capacités financières.

Pourtant, la Chambre civile va semer le doute en reconnaissant un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution bien qu'elle ait joui de la présence d'un conseil ou d'un consultant financier le jour de la conclusion du cautionnement<sup>639</sup>. Tout cela n'est décidément pas de nature à aider dans la pratique les cautions ou les professionnels de la banque, désorientés par autant d'incertitudes. Là où la qualification de la caution en avertie ou non nous paraît évidente, la Cour de cassation « en chef d'orchestre » viendra en donner une analyse toute

---

<sup>635</sup>Ex. Cass.com. 5 mai 2015, n°14-10834.

<sup>636</sup>Cass.com. 22 nov. 2011, n°10-25.920 ; RD. Bancaire et fin. 2012, n°11, obs. D. Legeais ; JCPG 2012, n°4, p.626, obs. Simler.

<sup>637</sup>Cass.com. 12 nov. 2008 ; RD bancaire et fin. 2009, n°9, note A. Cerles.

<sup>638</sup>Cass.com., 3 mai 2006, n°02-11.211, Epx Joffre c/Banque française commerciale Océan Indien, n°639.

<sup>639</sup>Cass.civ.1re, 30 avr. 2009, n°07-18-334 ; RD bancaire et fin. 2009, n°120, obs. D. Legeais.

autre. Les juges du fond ont donc tout intérêt à motiver la qualité qu'ils confèrent aux cautions pour admettre ou au contraire exclure le devoir de mise en garde de l'établissement de crédit<sup>640</sup>.

Le problème se corse lorsqu'il s'agit d'une caution dirigeante. A première vue, au regard des critères de la jurisprudence, celle-ci doit être qualifiée d'avertie puisqu'elle est à même de mesurer le caractère judicieux ou non de son engagement. Ses compétences doivent en principe lui permettre de prendre le recul nécessaire pour évaluer la dangerosité du projet envisagé en recherchant toutes les informations utiles et veiller ainsi à ses propres intérêts<sup>641</sup>. C'est pourquoi, la caution dirigeante avertie se voit appliquer la plus grande rigueur par les juges qui évaluent son rôle actif dans la société cautionnée pour lui écarter le bénéfice du devoir de mise en garde<sup>642</sup>. Pour espérer engager la responsabilité de l'établissement de crédit, la caution avertie devra démontrer une rupture de la symétrie de l'information. C'est à dire, établir que la banque a failli à son obligation de loyauté en s'abstenant de lui révéler des renseignements qu'elle détenait sur sa situation que la caution elle-même aurait ignoré<sup>643</sup>.

Néanmoins, l'inexpérience de la caution dirigeante lui vaut la clémence de la jurisprudence qui lui accorde dans ce cas la qualité de caution non avertie et donc l'obligation pour le créancier de la mettre en garde<sup>644</sup>. Il en sera de même pour l'associé caution qui n'exerce aucune fonction de gérant<sup>645</sup>, ou encore celui dont l'implication dans la gestion de l'entreprise cautionnée n'est pas démontrée<sup>646</sup>, contrairement à l'associé-caution qui occupe une place importante dans la vie sociale de la société en détenant notamment une part non négligeable

---

<sup>640</sup>Cass.com. , 9 févr. 2010 , n°09-11.262 ; JurisData n°2010-051551 1ère espèce ; Cass.com. , 9 février 2010, 2ème espèce n°09-13-432 ; JurisData n°2010 -051547 ; RD bancaire et fin. 2010, mai-juin, p.46, obs. D. Legeais.

<sup>641</sup>E. Palvadeau , « Réflexion sur la caution avertie », Dr. et patr. 2012 , p.218 .

<sup>642</sup>Cass.com. 21 févr. 2012 ; Dr. et patr. juill.-août 2012, p.102 , obs. L. Aynès ; Gaz. Pal. 28 et 29 mars 2012, p.16, note Ch. Albiges ; Cass.com. 22 nov. 2011, n°10-25197 ; Gaz. Pal. 21 et 22 déc. 2011, p.16, obs. Ch. Albiges .

<sup>643</sup>M. Billam , « Asymétrie d'information », Dalloz 2010, avril, n°17 , p.913 .

<sup>644</sup>Cass.com. 5 févr. 2013, n°11-26262 ; RD bancaire et fin. 2013 , n°52 ; note D. Legeais ; Cass.com. 31 janv. 2012, n°10-24694 ; Dr. et patr. juill.-août 2012 , p.102 , note Aynès ; Gaz. Pal. 28 et 29 mars 2012, p.16, obs.Ch. Albiges ; Cass.com. 11 avril 2012 ; Bull. civ. IV , n°76 ; Cass.com. 13 nov. 2012 , n°11-24178 ; Cass. com. 27 nov. 2012, n°11-25967 ; RD. Bancaire et fin. 2013, n°14, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal. 12 et 13 déc. 2012, p.13, note Ch. Albiges ; Dr. et patr. févr. 2013, p.80, obs. Ph. Dupichot ; Cass.com. 12 janv. 2010 ; RD. bancaire et fin. 2010, n°38, obs. F.J. Crédot et Th. Samin ; Banque et droit nov.-déc. 2010, p.50, note N. Rontchevsky ; RD. bancaire et fin. 2010, n°213 , obs. D. Legeais.

<sup>645</sup>Cass.com. 11 mai 2010 ; Dr. et patr. sept. 2010, p.87 , note Ph. Dupichot .

<sup>646</sup>Cass.com. 11 avr. 2012 , n°10-25-904 ; RD. bancaire et fin.2012 , n°83 , note D. Legeais ; JCPG. 2012 , 1291 , n°8 , Simler .

du capital<sup>647</sup>.

Ainsi, les arrêts concernant le devoir de mise en garde dû par l'établissement de crédit aux cautions se suivent mais ne se ressemblent pas. Leur portée dans la pratique est d'une grande importance. Dès lors, comment s'y retrouver ? On assiste à une « responsabilité organisée » en fonction de la qualité de la caution basée sur son degré de compétence, sur les relations qu'elle entretient avec le débiteur garanti, sur son implication au sein de l'entreprise cautionnée ... Ce régime de responsabilité propre à chaque catégorie de caution n'est pas des plus simples, d'autant que les critères fluctuants retenus par les juges sont, le moins qu'on puisse dire, pas toujours fiables. En effet, si certains critères objectifs comme ceux liés à la modicité des ressources de la caution ou à son âge sont certes essentiels et de nature à nous orienter efficacement, d'autres en revanche, plus subjectifs comme celui se référant au degré d'expérience du garant sèment le doute et alimentent le contentieux.

De fait, si la vivacité de la jurisprudence n'est plus à démontrer, elle suscite néanmoins une multitude d'interrogations. Car, « vivacité n'est pas renouvellement »<sup>648</sup>. Or, il est impératif d'établir des règles précises et donner un sens à un ensemble disparate. La sécurité juridique passe aussi par une sanction adaptée et proportionnée au préjudice causé à la caution victime d'un défaut de mise en garde (§2).

## **§2) UNE SANCTION AJUSTEE AU PREJUDICE SUBI PAR LA CAUTION**

« Si l'on part de l'idée qu'il faut parer à tout le mal et à tous les abus dont quelques personnes sont capables, tout est perdu. On multipliera les formes à l'infini, on n'accordera qu'une protection ruineuse aux citoyens ; et le remède deviendra pire que le mal ».

Portalis<sup>649</sup>

---

<sup>647</sup>Cass.com. 12 mars 2013, n°12-12372 ; Cass.com. 27 mars 2012 ; Bull.civ. IV, n°68 ; Cass.com., 7 févr. 2012, n°11-16355 ; Cass.com. 18 janv. 2011, n°09-72743 ; RLDC 2011, n°80, p.30, note L.-J. Ansault.

<sup>648</sup>F. Boucard, RD. bancaire et fin., sept.-oct. 2013, p.67.

<sup>649</sup>Portalis, Discours préliminaire, op. cit.

Le devoir de mise en garde, intégré au dispositif de protection de la caution doit en principe corriger le déséquilibre existant entre cette dernière et le créancier. Sa consécration doit permettre l'instauration d'un climat de confiance entre les contractants au cautionnement, avec une exigence particulière à l'égard de l'établissement de crédit d'éclairer la caution sur ses capacités financières et les risques d'endettement nés de l'octroi du prêt.

« Malheureusement, il n'est pas rare que, "la transparence cristale"<sup>650</sup> voulue par le législateur consumériste dégénère par la faute de consommateurs déloyaux, en "transparence chicane " »<sup>651</sup>. Cette critique soulevée par la doctrine n'a pas échappée à la jurisprudence qui se veut prudente et pragmatique dans la mise en œuvre du devoir de mise en garde aux cautions. Le spectre de la caution, partie présumée faible, qui se transforme en partie toute puissante est dans tous les esprits<sup>652</sup> et alerte sur les excès de protection. Ce point se fonde dans le schéma de bon sens dans lequel la jurisprudence s'est forgé, et qui préconise que la caution ne saurait être dispensée de payer si elle le peut. C'est ce qui explique cette protection sélective, au cas par cas.

L'enjeu d'une telle politique n'est pas seulement juridique, il est aussi et surtout économique. Cibler uniquement les cautions non-averties, c'est rendre l'outil de protection plus efficace en aidant que les personnes qui en ont réellement besoin et d'éviter les abus de certaines cautions pourtant bien armées face aux difficultés du cautionnement mais qui tentent de se dérober devant leurs obligations.

Adapter la protection c'est également redonner au crédit toute sa place. En effet, trop de pressions sur les créanciers, c'est s'exposer à leur défiance et par voie de conséquence se confronter au risque de freiner, limiter les obtentions ou les renouvellements de crédits. Le crédit, véritable moteur de la croissance économique, est « aujourd'hui célébré, même s'il doit être " responsable" »<sup>653</sup>. Ce faisant, les juges ne sont plus dans cette logique absolue de l'établissement de crédit fondamentalement responsable. Seule un manquement à son devoir de mise en garde à l'égard d'une caution vulnérable pourrait perturber sa quiétude, sachant

---

<sup>650</sup>Notion utilisée par le Doyen Carbonnier , « La transparence » , RJcom. 1993, p.9 et sv.

<sup>651</sup>D. Mazeaud, « Les vices de la protection du consentement du consommateur », D.2002, n°1, p.72.

<sup>652</sup>C. Manara , « L'abus par le consommateur de son droit » ; LPA 18 mai 1998 , p.4 .

<sup>653</sup>D. Legeais , « Cinquante arrêts pour rien ? » ; RD. bancaire et fin. 2010 , mars-avril , repère 2.

qu'il appartiendra à ce créancier de prouver qu'il a satisfait à son obligation, par exemple en faisant signer à la caution concernée un document personnalisé et explicite spécifiant qu'elle a été alertée<sup>654</sup>. Sans quoi, sa responsabilité sera engagée, et il pourra difficilement échapper à une sanction en réponse au dommage causé à la caution.

Cette sanction, conformément aux règles classiques de la responsabilité civile<sup>655</sup>, va se faire en deux temps. Avant tout, la démonstration d'un préjudice est nécessaire. Ce dernier doit être causé par un fait générateur de responsabilité.

S'agissant du fait générateur de responsabilité, il se manifeste en l'occurrence par la faute de l'établissement de crédit qui n'a pas respecté l'obligation mise à sa charge de mettre en garde la caution. Une fois la faute du défaut de mise en garde caractérisée, il convient de réparer le dommage subi par la caution. L'importance de la question et les difficultés pratiques qu'elle véhicule suppose une qualification précise du préjudice. Aussi, la jurisprudence est venue clarifier les choses dans un arrêt de principe du 20 octobre 2009<sup>656</sup> dans lequel elle définit ledit préjudice en une perte de chance de ne pas contracter. Transposé à la caution, c'est pour elle la chance perdue de ne pas être engagée et de fait, de ne pas être poursuivie par le créancier en cas de défaillance du débiteur principal<sup>657</sup>. L'analyse se fonde sur une probabilité ; celle selon laquelle il n'est pas impossible que, malgré une mise en garde délivrée dans les règles par l'établissement de crédit, la caution passe outre et contracte. « Rien n'est moins sûr que l'efficacité d'une mise en garde »<sup>658</sup>. Le garant demeure maître de sa décision !. Face à cette incertitude<sup>659</sup>, il est dès lors logique que le préjudice réparable soit évalué à la chance perdue<sup>660</sup>.

Le recours à cette notion de "chance perdue" bien connue en matière de responsabilité est

---

<sup>654</sup>ex. Cass.civ. 1re, 18 sept. 2008 ; Bull.civ. IV, n°203 ; Cass.com. 11 déc. 2007 ; Bull.civ. IV, n°260.

<sup>655</sup>J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, Le fait juridique, Sirey, 13ème éd. 2009, n°138 ; M. Bacache-Gibeili, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, Economica 2007 ; F. Pollaud-Dulian, De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires, RTDcom. 1997, n°50, p.349.

<sup>656</sup>Cass.com. 20 oct.2009, n°08-20.274 ; Bull.civ. IV, n°127 ; JurisData n°2009-049987 ; RD. bancaire et fin. 2010, 7, p.62, obs. D. Legeais ; JCP2010, 708, n°5, note Ph. Simler ; D.2009. 2971, obs. D. Houtcieff ; Banque et droit 2009, p.62, note N. Rontchevsky ; JCPE 2009, 2053, obs. D. Legeais ; JCPG.2009.482, note S. Piédelièvre ; Cass. com. 26 janv. 2010, Bull.civ. IV, n°21 ; Cass.com. 1er déc. 2009 ; Gaz. Pal. 14 janv. 2010, p.17, comm. M-P. Dumont-Lefrand.

<sup>657</sup>CA Paris, 15ème ch. B., 18 déc. 2008 ; JurisData n°2008-375152.

<sup>658</sup>Ph. Simler, P. Delebecque ; JCPE.2010, n°29, p.30.

<sup>659</sup>Selon la Cour de cassation, « seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable » : sous Cass.1re civ. 4 juin 2007, n°05-20.213 ; JurisData n°2007-039.205 ; JCPG2007, I, 185, note Ph. Stoffel-Munck.

<sup>660</sup>J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, op. cit.



nouveau dans le cautionnement mais pas vraiment surprenant. Cette approche résulte de la nature même de l'obligation de mise en garde et du préjudice découlant de son inexécution. Bien sûr, cette qualification aura une incidence notable sur l'indemnisation de la victime.

En effet, le raisonnement tiré de ce type de responsabilité écarte toute décharge intégrale de la caution<sup>661</sup>. Son dédommagement ne peut dès lors être égal au montant de la créance due au titre du cautionnement<sup>662</sup>. De fait, la caution ne doit pas se faire d'illusions et doit s'attendre à payer une certaine somme dont l'évaluation est soumise à la bienveillance des juges du fond. Ces derniers disposent en la matière d'une marge de manœuvre « maximale allant de 1 à 99% du montant de la dette »<sup>663</sup>. Aussi, excepté la limite énoncée précédemment, rien n'empêche les juges de fixer l'indemnité du garant à une somme proche de celle qui lui est réclamée par le créancier, voire même n'évaluer la charge de ladite caution qu'à un euro symbolique<sup>664</sup>. Évidemment, l'appréciation des dommages et intérêts alloués se fera en fonction des éléments relatifs à la situation des parties portés à la connaissance des juges. « La caution se trouve ainsi traitée comme le malade qui a été mal informé, comme le candidat qui n'a pas pu participer à un examen ou le parieur qui a été privé du gain espéré en misant sur un cheval »<sup>665</sup>.

Finalement, cette théorie de "la perte de chance de ne pas contracter" n'est pas une si mauvaise chose. Certes, comparer à la sanction de nullité prononcée en cas de défaut de proportionnalité du cautionnement, l'obligation prétorienne de mise en garde paraît moins avantageuse pour la caution. Néanmoins, cet appel du pied à la modération des indemnisations permet, nous semble-t-il, de trouver une juste mesure entre les intérêts de la caution et ceux du créancier<sup>666</sup>.

N'oublions pas que « la fonction du cautionnement demeure bien de servir de garantie au créancier pour le cas où le débiteur ne satisferait pas à son obligation »<sup>667</sup>. L'efficacité du

---

<sup>661</sup>Cela n'a pas toujours été le cas, exemple CA Rennes, 6 mars 2009 ; JurisData n°2009 -003667 où des cautions ont été totalement libérées.

<sup>662</sup>Cass. 1<sup>re</sup> civ. 9 avr. 2002, n°00-13.314 ; Bull. civ. I, 2002, n°116 ; JurisData n°2002 -013914.

<sup>663</sup>P. Simler, PH. Delebecque, JCPE2010, n°29, p.30.

<sup>664</sup>Cass.com. 8 nov. 2011, inédit, n°10-23662 ; RD. bancaire et fin. 2012, n°13, note D. Legeais ; JCP2012, n°6, 626, obs. Ph. Simler.

<sup>665</sup>D. Legeais, sous Cass.com. 20 oct. 2009, op. cit.

<sup>666</sup>T. Favario, « Les contours jurisprudentiels du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti », RD bancaire et fin. 2010, n°12, p.22.

<sup>667</sup>F. Crédot, P. Bouteiller, « De quel manquement au devoir de mise en garde la caution peut-elle se prévaloir ? », op. cit.

cautionnement s'en trouve ainsi sauvegardée.

Reste maintenant à savoir s'il y a une présomption de perte de chance dès lors qu'un manquement au devoir de mise en garde est constaté, ou au contraire s'il y a, comme cela a été retenu à l'encontre de l'emprunteur<sup>668</sup>, l'obligation pour la caution de prouver que sa décision aurait été tout autre si elle avait été informée judicieusement par l'établissement de crédit. Autant dire que si cette dernière exigence se confirme, la tâche s'annonce rude pour la caution. En pratique, c'est quasi mission impossible de se constituer une telle preuve. Allait dans ce sens, c'est non seulement mettre la caution en difficulté, mais c'est aussi inévitablement remettre en cause l'obligation de mise en garde<sup>669</sup>.

« Y a-t-il encore une place pour un droit discrétionnaire de l'établissement de crédit ? Le devoir de non-immixtion ne cède-t-il pas sa place à un devoir de se renseigner ? Le secret professionnel ne cède-t-il pas la place à un devoir de transparence ? Un principe traditionnel de non responsabilité ne cède-t-il pas la place à un principe de responsabilité ? ». Ces questions soulevées par le professeur Legeais<sup>670</sup> planent constamment au dessus du devoir de mise en garde et nous interpellent nécessairement.

### **Conclusion sur le devoir de mise en garde**

Le devoir de mise en garde fait désormais partie des obligations professionnelles du banquier dont nul ne peut réfuter l'importance pratique<sup>671</sup>. Il est devenu l'outil d'une jurisprudence assez fournie qui entend faire prendre conscience aux établissements de crédit du rôle fondamental qu'ils doivent jouer auprès des cautions vulnérables lors de la conclusion du cautionnement.

Avant tout, il convient de saluer l'effort de la Cour de cassation qui nous offre une jurisprudence plus ou moins équilibrée et unitaire<sup>672</sup>, un élément essentiel lorsqu'on sait que la haute juridiction nous avait habitué à plus de divergences. Avec cette nouvelle obligation imposait au créancier, on présageait le pire. Paradoxalement il en ressort une jurisprudence

---

<sup>668</sup>Cass.com., 23 janv. 2007, n°05-18-557 ; Bull.civ. 2007 . IV. N°6 ; JurisData n°2007 -037052 .

<sup>669</sup>D. Legeais, op. cit. ; T. Favario, op. préc.

<sup>670</sup>D. Legeais, op. cit.

<sup>671</sup>F. Crédot, P. Bouteiller, op.cit.

<sup>672</sup>D. Legeais, op. cit.

relativement mesurée<sup>673</sup>, notamment au niveau de la sanction pour défaut de mise en garde qui s'avère raisonnable et proportionnée au préjudice subi par la caution. Cette vision moins sévère sera de nature à apaiser les craintes des établissements de crédit qui, dès lors seront plus enclin à consentir des crédits dont nous connaissons les enjeux économiques et sociaux<sup>674</sup>.

Néanmoins, le contenu du devoir de mise en garde demeure imprécis, et le choix d'une protection sélective en fonction de la qualité de la caution n'est pas forcément la voie la plus simple. Aussi, « l'absence de directive judiciaire »<sup>675</sup> contribue à alimenter le contentieux. De fait, « en fondant le droit de la responsabilité sur la distinction entre les emprunteurs et cautions profanes ou avertis, la Cour de cassation prend le risque de donner naissance à un droit incertain. C'est qu'il n'est pas facile de fixer le curseur permettant d'opposer les deux catégories de personnes »<sup>676</sup>. Si l'on souhaite un droit pertinent, la jurisprudence se doit d'établir des règles claires et précises pour plus de cohérence. Sans quoi, la charpente sur laquelle s'est construit le devoir de mise en garde tiendra difficilement le choc.

Aussi, à l'image de l'obligation d'information, des mentions manuscrites, le devoir de mise en garde nécessite des ajustements, tout comme l'exigera probablement également le principe de proportionnalité (Section 2).

## **SECTION 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR LES MECANISMES DE LUTTE CONTRE LES CAUTIONNEMENTS EXCESSIFS**

Parler de proportionnalité dans le contrat de cautionnement peut sembler de prime abord surprenant, car par définition une proportion se détermine par rapport à deux éléments. Ce qui est par exemple le cas dans un contrat synallagmatique où les obligations des deux parties en présence seront comparées par le juge. Or, le cautionnement est un contrat unilatéral dans lequel le créancier n'a en principe rien à offrir à la caution en contrepartie de son engagement.

---

<sup>673</sup>D. Legeais, op. préc.

<sup>674</sup>N. Eréséo, Les évolutions juridiques et économiques du crédit, D. 2011, p.11 et sv. ; V. Legrand, La lutte contre le surendettement dans le projet de loi « consommation », RD bancaire et fin., juill.-août 2013, p.11.

<sup>675</sup>T. Favario, op. cit.

<sup>676</sup>D. Legeais, op. cit.

Il est donc délicat de pouvoir établir une quelconque comparaison entre les obligations de la caution et celles du créancier. Mais les choses sont plus complexes que ça et la pratique est là pour nous le rappeler.

En effet, il n'est pas rare qu'un créancier professionnel fasse signer à une caution personne physique un cautionnement manifestement excessif par rapport à ses biens et revenus. De fait, face à ce constat fâcheux entre l'engagement souvent non mesuré des cautions et l'attitude légère de certains créanciers qui ne s'embarrasse pas avec ces disproportions, une mesure protectrice devait naître<sup>677</sup>.

C'est pourquoi, pour corriger les excès d'une liberté contractuelle désavantageuse et parfois même destructrice pour la caution qui se ruine pour autrui, la jurisprudence, à l'image du législateur se sont intéressés à la nécessité d'une exigence de proportionnalité entre le montant de l'engagement du garant et ses capacités financières. Dès lors, le principe de proportionnalité devient un moyen de protection essentiel que l'on ne saurait ignorer<sup>678</sup>. Les cautions l'ont très bien compris et n'hésitent pas à l'invoquer pour se dégager de l'étreinte du cautionnement.

Aussi, en dépit de quelques signes de rigueur dont la jurisprudence fait montre à l'égard des cautions, les excès de protections dont celles-ci bénéficient l'emportent largement (§1), notamment grâce aux différentes réformes introduites en droit positif (§2).

---

<sup>677</sup>Y. Picod, « Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe », Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2003, p.843 ; J. Lasserre-Capdeville, « Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité », Banque et droit 2007, n°5-6, p.25 ; P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », Mélanges Simler, Dalloz-Litec, 2006, p.291.

<sup>678</sup>D'une manière générale, le principe de proportionnalité connaît une percée remarquable au sein de la matière juridique : S. Pech-Le Gac, La proportionnée en droit des contrats, Thèse Paris XI, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 335, 2000 ; D. Bakouche, L'excès en droit civil, préf. M. Gobert, Bibl. dr. privé, T.432, LGDJ 2005 ; « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé? », Colloque du Centre de droit des affaires de l'université Paris V., LPA 30 sept. 1998, n°117 ; P.Y. Gauthier, « L'inutile et le droit », RTDciv. 1995, p.797 ; D. Legeais, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », Petites affiches 30 sept. 1998, n°117, p.1 ; J. Lasserre-Capdeville, « Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité », Banque et droit 2007, n°113, p.25 ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », Banque et droit, mai-juin 2000, p.4 ; S. Piedelièvre, « Le cautionnement excessif », Defrénois 1998, art. 38836, p.849 ; M. de Saint-Cène et J. Grillot, « L'engagement de caution disproportionné », RD bancaire et fin. Mai-juin 2000, p.190 ; P. Crocq, Sûretés et proportionnalité, Etudes offertes au Doyen P. Simler, Litec-Dalloz 2006, p.291 ; Y. Picod, « Proportionnalité et cautionnement : Le mythe de Sisyphe », Liber amicorum J. Calais-Auloy, D. 2004, p.843.

## **§1) LA PROTECTION OFFERTE PAR LE CODE DE LA CONSOMMATION**

Le Code de la consommation est encore à l'honneur. Il est à nouveau le siège d'une autre protection au profit des cautions personnes physiques, celle qui contraint les créanciers au respect d'un principe de proportionnalité dans le cautionnement. L'existence d'un déséquilibre manifeste au détriment de la caution est traquée et durement réprimée. Pour ce faire, le législateur a jugé utile de multiplier les dispositions légales, pensant peut-être que cela serait un gage de qualité dans la protection des personnes concernées. Or, nous savons pertinemment à travers les notions précédemment étudiées comme le formalisme, que l'abondance des textes entraîne incohérence et surtout nuit gravement à l'efficacité de la sûreté<sup>679</sup>. Aussi, le principe de proportionnalité dans le contrat de cautionnement ne sera pas exempt de critiques tant les incertitudes légales sont nombreuses et ambiguës. La bienveillance consumériste à l'égard des cautions soulèvera alors bien des interrogations ; à commencer par celle de la détermination de son champ de protection (A) et ensuite celle de l'opportunité de la sanction employée en cas de cautionnement excessif (B).

### **A) UN CHAMP DE PROTECTION LEGISLATIF AMBIGU**

L'exigence de proportionnalité s'est progressivement imposée au créancier par des mesures législatives importantes. Ces textes qui sont au nombre de trois ont été adoptés dans des contextes particuliers et auront des champs d'application différents, ce qui va compliquer un plus la lisibilité du dispositif de protection.

Toujours en quête d'établir un certain équilibre dans les relations contractuelles, le législateur donnera le ton avec la loi de 1989 en introduisant l'article L.313-10 du Code la consommation qui prévoit qu' « un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres I et II du présent article, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses

---

<sup>679</sup>N. Mathey, « Le caractère excessif de l'engagement de la caution », Acte du colloque « Quelle protection pour la caution? », CEDAG, 24 mai 2012, RD bancaire et fin., sept.-oct. 2012, p.77.

biens et revenus , à moins que le patrimoine de cette caution , au moment où celle-ci est appelée , ne lui permette de faire face à son obligation ». Le moins qu'on puisse dire c'est que le texte est d'entrée sélectif quant aux personnes à protéger et restrictif quant à son domaine d'application.

En effet, au regard du texte les cautions personnes physiques font l'objet d'une attention particulière du législateur qui les place au centre du dispositif protecteur<sup>680</sup>. Les personnes morales en sont donc d'ores et déjà écartées. Par cette mesure, la loi tend à protéger le patrimoine des cautions personnes physiques contre un engagement excessif. Toutefois, l'article L.313-10 C.cons. précise que ces dernières doivent nécessairement garantir un crédit mobilier ou immobilier de consommation. Dès lors, tout cautionnement qui garantirait un autre type de crédit échapperait fondamentalement à son application<sup>681</sup>. Les cautions dirigeantes, dont le caractère professionnel du cautionnement est établi, en sont également exclues. Pour toutes ces cautions qui ne pouvaient bénéficier de l'article L.313-10 C. cons. , rien n'était perdu puisqu'elles pouvaient toujours se tourner vers le droit commun du cautionnement pour tenter de se décharger de leurs obligations. Il faudra attendre une réponse de la jurisprudence pour voir réellement leur destin changer et invoquer avec succès le caractère disproportionné de leur engagement<sup>682</sup>. Ainsi, c'est la nature de l'opération principale garantie qui dictera la protection de la caution<sup>683</sup>.

La sélection opérée par l'article L.313-10 C.cons. vise surtout les particuliers profanes exposés au risque de l'endettement. C'est d'ailleurs ce qui explique que le législateur ait introduit cette mesure par le biais de la loi n°89-1010 dite loi Neiertz du 31 décembre 1989 sur le surendettement des particuliers<sup>684</sup>. L'objectif est de vivement dissuader les établissements de crédit de recourir systématiquement au cautionnement. Un défi plutôt audacieux lorsqu'on observe que , dans la pratique, cette sûreté est incontournable ,

---

<sup>680</sup>Ex. Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 14 octobre 2015, n°14-14.531 ; Cass.com. 22 septembre 2015, n°14-15164.

<sup>681</sup>Cass. 1<sup>re</sup> civ. , 15 mai 2001 ; JurisData n°2001-009630 ; RD bancaire et fin. Juill.-août 2001 , p.227 , n°144 , obs. F.J. Crédot et Y. Gérard ; CA Paris , 25 févr. 2000, D.2000 , p.262 , note C. Rondey ; JurisData n°2000-121312 ; CA Chambéry , 17 mars 1998 , JurisData n°1998-041561 .

<sup>682</sup>Cass. com. , 17 juin 1997 ; Bull. civ. IV , n°188 ; D.1998, p.308 , obs. J. Casey ; Defrénois 1997 , art.36703 , n°158 , p. 1424 , note L. Aynès ; JCPE 1997 .II.1007 , obs. D. Legeais ; RTDciv.1998 , n°5 , p.100 , note J. Mestre et p.157 , obs. P. Crocq ; Petites affiches , 27 mai 1998 , p.33 , obs. S. Piedelièvre ; Dr. des sociétés , oct. 1997 , p.8 , note Th. Bonneau ; RD bancaire et bourse 1997 , p.221 , obs. M. Contamine-Raynaud .

<sup>683</sup>M.H de Laender , « L'exigence de proportionnalité » , Dossier , RD bancaire et fin. , n°3 , juill. août 2003 , p.259 .

<sup>684</sup>G.Paisant, « La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement », JCPG 1990, I, 3437 ; Ph. Delebecque, Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement, D. 1990, p. 265.

notamment dans le cercle familial où elle est très prisée en raison de sa simplicité et de sa rapidité . Les établissements de crédit , car c'est spécifiquement à eux que s'adresse ce cadre légal limité , sont dans le viseur du législateur . Cela s'explique aisément puisqu'ils sont les seuls à pouvoir consentir des crédits soumis au Code de la consommation.

Ainsi, l'article L.313-10 C.cons. , de portée spécifique, s'inscrit dans un domaine réservé. Il ouvrira la voie à un autre texte à qui il servira de modèle. Il s'agit de l'article L.341-4 du même Code. Ce dernier, contrairement à son aîné, sera de portée plus générale.

En effet, il énonce qu' « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution , au moment où celle-ci est appelée , ne lui permette de faire face à son obligation ».

La formule de cet article L.341-4 C.cons. est plus incertaine quant aux cautions à protéger . S'exprimant en termes généraux de « personnes physiques » , sans aucune précision particulière , le texte ouvre la porte de la protection de l'exigence de proportionnalité à toutes les cautions personnes physiques , quelle que soit leur qualité , averties ou profanes . De fait , les cautions dirigeantes trouvent parfaitement leur place au sein de cette loi . Une interprétation extensive pour le moins surprenante . Comment une disposition aussi protectrice des cautions , prévue de surcroît par un texte consumériste , puisse opérer un tel revirement et bénéficier aux cautions dirigeantes , par essence informées de la nature de leur engagement<sup>685</sup>. Il aurait été peut-être préférable de conserver le bénéfice de cette protection du principe de proportionnalité aux seules cautions qui en expriment réellement le besoin , nous pensons en l'occurrence à celles qui agissent en dehors de leur domaine professionnel<sup>686</sup>.

La volonté législative sera strictement respectée par la jurisprudence qui affirmera dans différents arrêts que « l'article L.341-4 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er août 2003<sup>687</sup> , est applicable à toute caution personne physique , fût-elle dirigeant social de la société cautionnée »<sup>688</sup>. Précisons également que , contrairement à la

---

<sup>685</sup>D. Legeais , « La caution dirigeante », in Mélanges dédiés à B. Bouloc , D. 2006 , p.605 .

<sup>686</sup>N. Mathey , op. cit.

<sup>687</sup>Dite loi « Dutreil » pour l'initiative économique .

<sup>688</sup>Cass.com. 10 juill.2012 ; Dr. et patr. févr.2013 , p.83 , note Ph. Dupichot ; Cass. 1re civ. 12 juill. 2012 , n°11-20-192 ; RD. bancaire et fin. 2012 , n°150 , obs. D. Legeais ; Gaz. Pal. 19 et 20 sept.2012 , p.21 , note Ch.

disposition de l'article L.313-10 C. cons. , la caution pour être protégée n'est pas tenue à l'obligation de garantir le remboursement d'une seule catégorie d'actes juridiques ; le texte ne fait plus référence aux seuls contrats de crédits à la consommation .

Général , l'article L.341-4 C.cons. le sera aussi lorsqu'il évoque les personnes soumises au respect du principe de proportionnalité . En effet , celui-ci évoque « les créanciers professionnels » . Que faut-il entendre par "créanciers professionnels" ? . Rappelons que cette question avait déjà été soulevée à propos du formalisme et à laquelle la Cour de cassation avait répondu en dotant de la qualité de créancier professionnel « tout créancier dont la créance était née dans l'exercice de sa profession ou se trouvait en rapport direct avec l'une de ces activités professionnelles , même si celle-ci n'était pas principale »<sup>689</sup> . Une formule qui s'applique nécessairement à l'article L.341-4 C. cons.. L'élargissement du champ d'application du texte permet ainsi certes d'intégrer les établissements de crédit , mais pas seulement . Les hypothèses en la matière peuvent être multiples comme par exemple une agence immobilière ou encore un bailleur professionnel qui conclut un cautionnement . Ce qui nous chagrine dans cette extension , c'est qu'elle ne l'est pas suffisamment . Pourquoi ne pas aller plus loin et englober tous les créanciers ? Sachant que l'article L.341-4 C.cons. n'entend pas sanctionner un comportement fautif mais cherche avant tout à interdire un excès objectif , la qualité du créancier est de fait inopportune<sup>690</sup> . Qu'ils soient professionnels ou non , tous les créanciers devraient être concernés par cette exigence de proportionnalité .

Ainsi , l'article L.341-4 c.cons. de portée générale , constitue une sorte de nouveau droit commun de la sanction de la proportion . S'il a été intégré dans le Code de la consommation , ce texte ne relève pas à proprement parlé du droit de la consommation <sup>691</sup> .

Enfin, à cet arsenal législatif il nous faut ajouter l'article L.650-1 du Code de commerce issu de la loi n°2005-845 de sauvegarde des entreprises . S'inscrivant dans le domaine spécifique

---

Albigez ; Cass.com. 22 juin 2010 ; RD. bancaire et fin. 2010 , n°172 , obs. D. Legeais ; D. 2010 , p.1985 , obs. D. Houtcieff ; Banque et droit sept.oct. 2010 . 59 , obs. F. Jacob ; RTDciv.2010 . 593 , note P. Crocq ; Gaz. Pal. 9 sept. 2010 , p.20 , obs. M-D. Dumont-Lefrand ; RTDcom. 2010 . 552 , obs. C. Champaud et D. Danet ; Cass.com. 13 avr. 2010 ; RD bancaire et fin. 2010 , n°49 , note D. Legeais ; RLDC juin 2010 , 30 , obs. J. J. Ansault .

<sup>689</sup>Cass.1reciv. , 9 juill. 2009 ; D.2009.2198 , note S. Piedelièvre ; Banque et droit sept.oct. 2009 , p.44 , obs. F. Jacob ; JCPE 2009 , 1840 , obs. D. Legeais ; Dr. et proc. 2009 , p.363 , note Y. Picod ; RTDciv. 2009 .758 , obs. P. Crocq ; CA Chambéry , 31 oct. 2006 ; JCPE 2007 , 1776 , obs. Ph. Simler .

<sup>690</sup>N. Mathey , op. cit. ; Ph. Simler , Cautionnement , garanties autonomes , garanties indemnitaires , Litec 2009 , 4ème éd. , n°246 .

<sup>691</sup>N. Mathey , op. cit. ; Ph. Simler , op. préc.



des procédures collectives, le texte vient sanctionner les créanciers qui ont obtenu des garanties disproportionnées<sup>692</sup>. En effet, aux termes de ce dernier, « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ces concours peuvent être annulées ou réduites par le juge ».

L'article L.650-1 du Code de commerce énumère ainsi trois fautes susceptibles de conduire à la responsabilité du prêteur : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la constitution de garanties disproportionnées par rapport au concours consenti. C'est évidemment sur cette dernière hypothèse que se focalisera notre attention. Le texte met donc en garde les créanciers contre les soutiens abusifs de crédits. Il est rédigé en des termes généraux qui permettent une interprétation large. Tout d'abord, la loi ne traite pas directement du cautionnement, mais utilise le mot générique de « garanties ». De fait, tous les mécanismes ayant une fonction de garantie sont visés ; le cautionnement en tant que sûreté personnelle est donc concerné.

Ensuite, l'article L.650-1 C.com. évoque « les concours consentis » sans autre précision. Là encore, la généralité de la notion laisse place à de nombreuses possibilités. Dès lors, tous les crédits sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application, peu importe leur qualification. Cela peut aller du prêt classique à l'autorisation de découvert ou encore à l'escompte d'un effet de commerce. Il a même été retenu par la jurisprudence qu'un délai de paiement accordé dans des relations fournisseur/distributeur constituait une opération de crédit<sup>693</sup> ; c'est dire les possibilités d'interprétations qui se cachent derrière « les concours consentis ».

---

<sup>692</sup>R. Routier, « L'article L650-1 du Code de commerce : un article « détonnant » pour le débiteur et « détonant » pour le contribuable ? », Banque et droit, janv.-févr. 2006, p.61 ; D.2006, p.2916, obs. Th. Bonneau ; D. Robine, « L'article L650-1 du Code de commerce : un cadeau empoisonné ? », D.2006, p.69 ; D. Legeais, « les concours consentis à une entreprise en difficulté », JCPE 2005, 1510 ; J. Stoufflet et N. Mathey, « La loi sur la sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », RD bancaire et fin. 2006, dossier 1 ; M-P. Dumont-Lefrand, « Le dirigeant garant », in Journal des sociétés mai 2011, n°87, p.20 ; D. Robine, « La Cour de cassation consolide l'article L650-1 du Code de commerce », RLDA juillet 2012, p.21.

<sup>693</sup>Cass.com. 16 oct. 2012, n°11-22993 ; JCPE 2012. 1735, obs. D. Legeais ; RTDI 2013/1, p.28, note M-P. Dumont-Lefrand ; JCPG 2012. 1428, n°18, comm. Ph. Pétel.

S'agissant maintenant des créanciers, le texte n'opère guère de distinction. La qualité de créancier importe peu, par conséquent tous les créanciers professionnels sont appelés à respecter la disposition ; de la même manière que toutes les cautions peuvent en bénéficier. Cela se comprend aisément car l'objectif de la mesure est essentiellement de protéger le crédit sans vraiment s'attacher à la qualité des personnes. La loi entend surtout empêcher les créanciers de consentir des concours fautifs en pensant se couvrir par une multitude de garanties.

Cherchant à introduire une certaine morale dans les rapports contractuels, le législateur soumet les créanciers à une obligation sérieuse de proportionnalité de l'engagement de la caution sous peine de se voir lourdement sanctionner. L'importance de la répression devrait encourager ces créanciers à la plus grande vigilance (B).

### **B) UNE SANCTION LEGISLATIVE RADICALE**

Ainsi, lorsque ses biens et revenus s'avèrent insuffisants pour faire face à la défaillance du débiteur principal, la caution, personne physique, peut soulever le caractère disproportionné de son engagement. A travers les articles L.313-10 et L.341-4 du Code de la consommation, le législateur lui en donne les moyens en sanctionnant sévèrement le créancier imprudent en rendant inefficace le cautionnement. Mais pour saisir l'ampleur de cette répression, il nous faut auparavant comprendre sur quoi repose concrètement cette disproportion invoquée . Le moins qu'on puisse dire c'est que la tâche s'annonce corsée<sup>694</sup> .

En effet, « la sanction de la disproportion est notionnellement impénétrable »<sup>695</sup> et l'expression même de " principe de proportionnalité " « est une expression quelque peu approximative car il s'agit moins de proportion que de suffisance »<sup>696</sup>. Qu'entend-on par là ?

En réalité, ce qui est recherché, ce n'est pas tant la proportionnalité de l'engagement, mais plutôt une certaine mesure, retenue de ce dernier. De ce fait, ce qui est pointé du doigt c'est vraiment la démesure, l'excès<sup>697</sup>. D'ailleurs, « les textes et la jurisprudence sanctionnent

---

<sup>694</sup>D. Robine , « La sanction du cautionnement disproportionné » , Revue Lamy , dr. civil , 2004 , p.22 .

<sup>695</sup>D. Houtcieff , note sous Cass. ch. mixte , 22 sept. 2006 , n°05-13-517 ; JurisData n°2006-035113 ; JCPG 2006 .II.10180.

<sup>696</sup>M. Cabrillac , C. Mouly , S. Cabrillac , Ph. Pétel , Droit des sûretés , Litec 2007 , 8ème éd. N°333.

<sup>697</sup>N. Mathey , op. cit.

justement la disproportion sans prétendre imposer le respect strict de proportionnalité »<sup>698</sup>. Dès lors, comment évaluer cette disproportion ? Que faire lorsque plusieurs cautions se sont engagées solidairement ? Doit-on prendre en considération les ressources cumulées de ces engagements ? Une difficulté qui suppose de dégager impérativement des critères précis.

Sur la lettre, les choses semblent claires et évidentes. Pour apprécier cette disproportion, le législateur retient des critères strictement objectifs. Dénudé de toute ambiguïté, la loi énonce que la disproportion doit être « manifeste ». Cela signifie qu'elle doit être suffisamment « grossière », importante pour ne pas échapper au regard avisé du créancier, « elle doit sauter aux yeux d'un banquier normalement diligent »<sup>699</sup>. C'est donc bien le caractère excessif de l'engagement qui est réprimé.

A cela, les articles L.313-10 et L.341-4 du Code de consommation ajoutent que la disproportion doit s'évaluer « par rapport aux biens et revenus de la caution ». Par exemple, si l'engagement de la caution est 35 fois supérieur à ses revenus annuels, la disproportion est flagrante et doit être sanctionnée<sup>700</sup>. Il faut savoir qu'« un cautionnement manifestement disproportionné n'est d'aucune utilité pour le créancier qui ne sera garanti efficacement que dans la mesure du patrimoine de la caution au jour où elle sera appelée. Puisqu'on ne saurait « tondre un œuf », une pseudo liberté de prendre des cautionnements même disproportionnés menacerait inutilement les cautions d'une exclusion sociale irrémédiable, sans véritable utilité économique pour le créancier »<sup>701</sup>. Un élément qui doit fortement inciter les créanciers à demander à la caution, lors de la conclusion du contrat de cautionnement, tous les justificatifs nécessaires pour mesurer l'étendue de sa situation financière et patrimoniale. Fiches de paie, avis d'imposition et autres doivent aider le créancier à bien orienter sa décision dans l'octroi du crédit et ainsi déjouer toute tentative de décharge de la caution qui souhaiterait faire valoir le dispositif protecteur. Une bonne façon de se couvrir le moment venu contre ces cautions prêtes à tout prix pour fuir leurs obligations. Les créanciers ont donc tout intérêt à ne pas

---

<sup>698</sup>N. Mathey, op. préc.

<sup>699</sup>M. H. de Laender, « L'exigence de proportionnalité », op. cit.

<sup>700</sup>ex. CA Aix, 8 oct. 1998 ; JurisData n°1998-043889.

<sup>701</sup>Ph. Dupichot, « L'efficience économique du droit des sûretés personnelles », op. cit. ; Dans le même esprit voir Ph. Théry que Ph. Dupichot cite et, selon qui, « Une fois qu'il (le créancier) aura tondue la caution « à blanc », la créance qu'il conservera contre elle sera presque aussi virtuelle que les centaines d'années de prison auxquelles on condamne les criminels dans certains États », obs. Sous Cass.com., 8 oct. 2002, Defrénois 2003, art.37691, n°22, spéc. p.413. Ce qui confirme que le créancier n'a vraiment pas intérêt à laisser la caution prendre un cautionnement disproportionné s'il veut avoir une chance d'être payé.

expédier, négliger cette étape, certes fastidieuse mais au combien essentielle<sup>702</sup>. Il y va de leur crédibilité. Encore faut-il que les cautions coopèrent, ce qui n'est pas toujours évident en pratique. Pour autant, la Cour de cassation a pu préciser qu' « en l'absence d'anomalies apparentes », il n'appartenait pas au créancier de vérifier l'exactitude du contenu des éléments présentés par la caution<sup>703</sup>. Un point favorable résultant de la loi Lagarde du 1er juillet 2010 qui n'impose aucune obligation de vérification de la solvabilité de la caution lors de la souscription du contrat. En outre, en vertu de l'article 1315 alinéa 1er du Code civil, c'est à ladite caution qui conteste l'efficacité de son engagement qu'incombe d'apporter la preuve du caractère manifestement disproportionné du cautionnement souscrit<sup>704</sup>.

Néanmoins, le critère d'évaluation par rapport aux biens et revenus de la caution n'est pas satisfaisant. En effet, « en l'absence de seuil mathématique au delà duquel le cautionnement serait excessif, il est particulièrement délicat d'avoir un repère fiable »<sup>705</sup>. Si l'exercice d'évaluation paraît extrêmement compliqué pour les créanciers, il imposera aux juges une appréciation au cas par cas qui, fondamentalement débouchera sur des solutions disparates et incertaines<sup>706</sup>.

En tout état de cause, les choses sont encore plus difficiles lorsque plusieurs cautions se sont engagées auprès du créancier<sup>707</sup>. En l'absence de précisions de la loi sur ce cas de figure, la Haute juridiction va apporter une réponse claire en optant pour une prise en compte individuelle de la situation patrimoniale de chaque cofidéjusseur au motif que chacun est susceptible d'être poursuivi pour le tout<sup>708</sup>. La position se veut ainsi conforme à la règle posée

---

<sup>702</sup>Cass.com., 11 avril 2012, n°1025.904 ; JurisData n°2012 -007024 ; RD bancaire et fin. 2012, n°83, note D. Legeais.

<sup>703</sup>Cass.com., 14 déc. 2010 ; JCP E 2011, 1117, obs. D. Legeais ; RD bancaire et fin. 2011, n°49, note A. Cerles ; Gaz. Pal. 31 mars 2011, p.16, obs. Ch. Albiges.

<sup>704</sup>Cass.com. 22 janv. 2013, n°11-17.954 ; JurisData n°2013-000910 ; RD bancaire et fin. 2013, p.52, obs. D. Legeais ; Cass.com. 31 janv. 2012, n°10-27651 ; Cass.com. 13 mars 2012, n°11-21966.

<sup>705</sup>M-H. De Laender, op. cit.

<sup>706</sup>Cass.com. 12 mars 2013, n°11-29-030 ; JurisData n°2013 -004293 ; RD bancaire et fin. 2013, p.53 ; Cass.com. 9 avril 2013, n°12-17.891 (1ère espèce) ; JurisData n°2013-006732 ; Cass.com. 9 avril, n°12-17.891 ; JurisData n°2013-006721 ; RD bancaire et fin. 2013, p.53 ; Cass.1ère civ., 4 mai 2012 ; RD bancaire et fin. 2012, comm. 120, note A. Cerles ; Cass.1ère civ. 12 juillet 2012, n°11-20-192 ; JurisData n°2012 -015801 ; CA Poitiers, 20 févr. 2002 ; JurisData n°2002-162549 ; CA Grenoble, 29 avril 1996 ; JurisData n°1996-042146.

<sup>707</sup>A. Piedelièvre, « Les modifications apportées à certains cautionnements par la loi du 31 décembre 1989 » ; Gaz. Pal. 1990, I, note p.157.

<sup>708</sup>« Les cautions solidaires d'un même débiteur pour une même dette, pouvaient se voir réclamer chacune le paiement intégral de la dette » : Cass.civ. 1re, 22 oct.1996 ; D.1997, p.515, note M. Wacongne ; Defrénois 1997, art.36526, n°43, p.397, obs. L. Aynès ; JCP.1997.II.22826, note S. Piedelièvre ; JCP.1997.I. 3991, n°5, obs. Ph. Simler ; Cass.com. 5 avril 2011, n°10-18.106 ; RLDC juin 2011, p.34, n°4272, note J.J. Ansault ; Gaz. Pal. 21 et 22 sept. 2011, p.21, note Ch. Albiges ; Defrénois 2012.237, obs. S. Cabrillac.

à l'article 2302 du Code civil<sup>709</sup> qui prévoit que , les cautions engagées pour garantir une même dette sont obligées chacune à toute la dette<sup>710</sup>.

En revanche, le raisonnement diffère sensiblement pour les époux mariés sous le régime de la communauté, engagés simultanément en qualité de cautions solidaires pour garantir une même dette auprès d'un même créancier. En effet, l'ensemble du patrimoine du couple, comprenant les biens propres et les biens communs « additionnés », doit constituer le gage du créancier<sup>711</sup>. Cette particularité s'explique surtout en raison du régime de la communauté en biens des époux et des biens communs qui pourraient faire l'objet de poursuites par le créancier.

Maintenant que le critère d'évaluation de la disproportion a été dégagé, il nous reste l'épineuse question de son moment. Quand faut-il apprécier cette disproportion ? Les articles L.313-10 et L.341-4 du Code de la consommation font état de deux périodes, l'une lors de la souscription du contrat de cautionnement, l'autre lors de son exécution. Une telle modalité d'appréciation a pour conséquence directe d'affecter la nature même du cautionnement car son efficacité dépend d'un événement futur et incertain, celui de la détention par la caution d'un patrimoine et de ressources suffisantes. Un aspect qui a pu faire dire à Monsieur Aynès que, soumis à une telle disposition, le contrat de cautionnement s'assimilait davantage à un contrat aléatoire, le créancier ayant accepté de s'exposer à un risque, celui de l'insolvabilité de la caution<sup>712</sup>. La Cour de cassation semble davantage fixer l'appréciation de la proportionnalité de l'engagement de la caution « au jour de la souscription du cautionnement »<sup>713</sup>.

Une fois le caractère manifestement disproportionné établi, la sanction tombe : le créancier « ne peut se prévaloir du contrat de cautionnement ». Une sanction pour le moins radicale et plutôt originale qui nécessite des éclaircissements. En effet, quelle qualification lui donner ?

---

<sup>709</sup> Anc. Art. 2025 C.civ.

<sup>710</sup> Sur cette contrainte , nous pouvons notamment voir : Ch. Albiges , L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de caution , in Mélanges offerts à J. Calais-Auloy , op.cit.

<sup>711</sup> Cass.com. 5 févr. 2013 , n°11-18644; Banque et droit , mars-avr. 2013 , p.48 , obs. F. Jacob ; Gaz.Pal. 6 et 7 mars 2013 , p.13 , note M. Mignot ; JCP2013 , 417 , obs. O. Gout ; Gaz. Pal. 20 et 21 mars 2013 , p.17 , obs. Ch. Albiges ; Cass. civ. 1re , 14 nov. 2012 , n°11-24341 ; JurisData n°2012-025862 ; RD bancaire et fin. 2013 , n°13 , obs. A. Cerles ; Gaz. Pal. 12 et 13 déc. 2012 , p.14 , note Ch. Albiges ; Dr. et patr. févr. 2013 , p.83 , obs. Ph. Dupichot .

<sup>712</sup> L. Aynès, « Le cautionnement excessif , application dans le temps de la sanction légale » , RLDA nov. 2006, p.51.

<sup>713</sup> Ex.Cass.com. 29 septembre 2015, n°13-24.528.

Si certains y voient une sanction *sui generis*<sup>714</sup>, pour la majorité de la doctrine en revanche, il s'agit purement et simplement d'une déchéance conditionnelle empêchant toute action du créancier<sup>715</sup>. Concrètement, la déchéance a pour effet de rendre inefficace le cautionnement. Le contrat demeure valable mais, pour protéger la caution lésée, sa mise en œuvre est paralysée<sup>716</sup> suite à un vice glissé lors de sa conclusion. Une sanction sévère rappelons le, qui n'a nullement pour objet de réprimer le comportement du créancier qui importe peu ici, mais plutôt un défaut objectif résultant de l'excès du cautionnement<sup>717</sup>. Analysé de la sorte, l'esprit des articles L.313-10 et L.341-4 du C. cons. n'entre pas tout à fait dans le cadre de la définition de la déchéance qui se définit par « la perte d'un droit à titre de sanction et qui frappe celui qui ne fait pas les diligences nécessaires dans le délai requis, n'observe pas les formes exigées ou celui auquel est imputable une négligence caractérisée »<sup>718</sup>. Ainsi caractérisée, la déchéance tend à sanctionner clairement un comportement, ce qui n'est encore fois pas l'intention des dispositions consuméristes. D'autant que ces dernières prévoient que si, en cas de retour à meilleure fortune, la caution demeure tenue de répondre de son obligation le jour où elle est poursuivie par le créancier. Le principe de proportionnalité n'est donc pas posé comme condition de validité du cautionnement. Le créancier retrouve donc son droit de poursuite légitime contre la caution même si le cautionnement s'avère pourtant excessif. Ce retournement de situation particulièrement favorable au créancier paraît dès lors peu compatible avec la déchéance.

De son côté, la Haute juridiction est venue préciser que la sanction du défaut de proportionnalité, débouchant sur l'impossibilité pour le créancier de se prévaloir du cautionnement excessif, « qui n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion »<sup>719</sup>. Dès lors, l'engagement disproportionné de la caution doit être totalement privé d'effet. La mise en jeu du principe de proportionnalité ne suppose

---

<sup>714</sup>C. Atias, « Propos sur l'article L341-4 du Code de la consommation : l'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable », D.2003, p.2620.

<sup>715</sup>M.N. Jobard-Bachelier, M.Bourassin et V. Brémond, Droit des sûretés, op. cit. ; Ph. Simler, op.cit., n°463 ; C. Albiges, « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », D.2004, p.1, spéc. n°20-21 ; J. François, Droit civil, sûretés-économica, 2004, n°144; Y. Picod, op. cit., p.859, n°33 ; D. Legeais, op.cit., n°171 ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, Droit des sûretés, op. cit., n°133 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière : Cujas, op.cit., n°299 ; P. Simler et Ph. Debecque, Les sûretés, op. cit. n°84.

<sup>716</sup>N. Mathey, op. cit.

<sup>717</sup>Y. Picod, « Proportionnalité et cautionnement », in Mélanges offerts à J. Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 849.

<sup>718</sup>Vocabulaire Cornu, v°déchéance.

<sup>719</sup>Cass.com. 22 juin 2010, pourvoi n°09.67.814 ; Bull.civ. IV. N°112 ; JurisData n°2010 -010051; JCPE 2010, 1678, obs. D. Legeais ; D.2010, p.1620, note V. Avena Robardet ; JCPE 2011, 1394, obs. A. Salgueiro.

donc pas la preuve d'un préjudice subi par le garant. S'attachant à la lettre de l'article L.341-4 C. cons. , la Cour de Cassation prononce ainsi une sanction excessive remettant ainsi en cause la force obligatoire du cautionnement. De fait, « la décharge paraît devoir être totale, alors que la raison aurait voulu que l'obligation fût réduite aux limites du raisonnable »<sup>720</sup>. Une solution donc plus nuancée aurait été plus favorable, un peu à l'image de ce qui prévaut des jurisprudences Macron et Nahoum qui se prononcent pour une réduction par compensation entre l'engagement de la caution et les dommages-intérêts dus par le créancier ayant fait souscrire un cautionnement disproportionné. Ou encore à l'exemple de l'article L.650-1 du Code de commerce qui tempère en prévoyant qu'en cas de garanties disproportionnées celles-ci peuvent être annulées ou réduites.

Considérant la situation objective qu'on entend sanctionner, cette politique du « tout ou rien » avait été vivement critiquée. C'est pourquoi, le rapport Grimaldi avait émis l'idée selon laquelle « le cautionnement souscrit à titre non professionnel par une personne physique était réductible s'il apparaît qu'il était, lors de sa conclusion manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que ceux-ci au moment où elle est appelée, ne lui permettent de faire face à ses obligations » . En permettant la réduction de la sûreté à sa juste mesure par rapport à l'importance de l'excès constaté, le texte offre un bon compromis qui est malheureusement resté lettre morte lors de la réforme du 23 mars 2006<sup>721</sup>. Cette décharge intégrale fait décidément le bonheur des cautions mais certainement pas celui de la sûreté qui perd une nouvelle fois en efficacité.

Et comme si la situation n'était pas suffisamment compliquée, l'article L.341-4 C. cons. est venu jeter le trouble quant à son application restrictive. Entrée en vigueur le 7 août 2003, la disposition ne concerne que les cautionnements souscrits après cette date. Contrairement autres mesures issues de la loi « Dutreil » relatives à l'obligation d'information et au formalisme, l'article L.341-4 C.cons. est d'application immédiate. En effet, en l'absence d'indication sur le caractère rétroactif dans le texte, la loi ne peut s'appliquer aux contrats conclus antérieurement. En cela, l'article 2 du Code civil est respecté. Mais cet état de fait suscite l'incompréhension de la doctrine qui aurait souhaité une application généralisée du texte y compris pour les contrats conclus avant le 7 août 2003 et ce pour deux raisons. Tout

---

<sup>720</sup>Ph. Simler , op. cit. , n°248 .

<sup>721</sup>P. Crocq , « Sûretés et proportionnalité » , in Etudes offertes au Doyen Ph. Simler , Dalloz 2006 , p.337 ; Ph. Simler , Les sûretés personnelles , Dr. et patr. sept. 2005 , p.58 .

d'abord, l'article L.341-4 C.cons. instituait un ordre public de protection ayant pour vocation à s'appliquer aux effets de conventions souscrites avant son entrée en vigueur. Ensuite, comme nous l'avons souligné précédemment, la loi ne pose pas le principe de proportionnalité comme une condition de validité du contrat de cautionnement. Dès lors, la nullité est écartée au profit d'une impossibilité pour le créancier d'invoquer l'exécution dudit contrat.

Ainsi, les cautions personnes physiques, quelles soient profanes ou averties, sont bénéficiaires de lois favorables à leurs intérêts. Un dispositif particulier qui permet à ces garants de limiter les conséquences patrimoniales de leur engagement lorsqu'ils sont appelés en paiement par le créancier. La lutte contre les exclusions, l'impératif de dignité humaine<sup>722</sup> ont favorisé l'expansion de l'exigence de proportionnalité devenu incontournable tant les recours en la matière sont nombreux. Une bienveillance législative qui sera très vite relayée par une jurisprudence tout aussi indulgente (§2).

## **§2) LA PROTECTION PRETORIENNE CONTRE LE CAUTIONNEMENT**

### **EXCESSIF**

Ainsi, malgré les incertitudes qui les entourent, les dispositions du droit de la consommation auront un effet de contagion au delà de la stricte protection consumériste. La construction du mécanisme jurisprudentiel de contrôle de la proportionnalité de l'engagement de la caution trouve ses sources dans les arrêts Macron et Nahoum. Puisant ses fondements dans l'exigence de bonne foi et de la responsabilité civile, cette jurisprudence va connaître une évolution importante en véhiculant une appréciation prétorienne nuancée des textes consuméristes.

Mais, si pour atténuer les effets pervers des lois mal pensées ou du moins mal rédigées, la jurisprudence fait preuve de souplesse et de tolérance à l'égard de la caution (A), elle va pourtant se montrer prudente pour ne pas admettre trop librement la responsabilité du créancier qui affecterait directement l'efficacité du cautionnement (B).

---

<sup>722</sup>Au nom duquel a notamment vu le jour l'article L331-2 du Code de la consommation qui préserve les ressources vitales de la caution en imposant au créancier qui poursuit cette dernière de lui laisser « des ressources correspondant à un montant égal au Revenu minimum d'insertion ». C'est le fameux « reste à vivre ».



**A) INTRODUCTION JURISPRUDENTIELLE DE L'EXIGENCE DE  
PROPORTIONNALITE PAR LE TRUCHEMENT DE LA RESPONSABILITE  
CIVILE**

Le rôle conféré à l'initiative jurisprudentielle qui sanctionne les créanciers en raison de la conclusion d'un contrat manifestement disproportionné est essentiel. Ce rôle actif et même déterminant va se manifester en 1997 dans le très remarqué arrêt Macron<sup>723</sup>. En l'espèce, un avaliste s'était engagé auprès d'une banque à hauteur de 20000000 francs. Une somme exorbitante sans commune mesure avec ses capacités financières quand on sait que les revenus mensuels de la caution dirigeante s'élevaient à 37500francs avec un patrimoine dont le montant était inférieur à 4000000 francs. La société ayant été mise en liquidation judiciaire, l'établissement de crédit a assigné la caution en paiement . Cette dernière fait alors valoir en justice le caractère manifestement disproportionné du cautionnement pour lequel elle s'était engagée.

Mais au regard du caractère commercial des opérations de l'espèce , l'article L.313-10 C.cons., que nous avons étudié, était inopérant car le prêt avait été accordé pour financer les besoins d'une activité professionnelle. Pourtant, la jurisprudence va s'en inspirer et donner gain de cause à la caution. Pour ce faire, la Chambre commerciale, sans vraiment se référer à la disposition consumériste, va retenir le caractère manifestement disproportionné du cautionnement en sanctionnant le banquier fautif ayant contracté de mauvaise foi. Avant de conclure, le créancier avait le devoir de récolter auprès de la caution toutes les informations relatives à ses revenus et à sa fortune. En s'abstenant, il a commis une faute et doit en conséquence réparer le dommage occasionné à ce garant. L'objectif de l'arrêt est surtout de préciser les modalités d'appréciation de la disproportion en fixant le sort particulier du dirigeant caution. Par cette décision , la Cour de cassation donne une lueur d'espoir à toutes cautions confrontées jusque là à un mur consumériste . D'autant que la protection offerte par cet arrêt Macron semble concerner aussi bien les personnes physiques que morales<sup>724</sup>.

---

<sup>723</sup>Cass.com. 17 juin 1997 ; Bull.civ.IV , n°188; RDbancaire et bourse 1997 , p.221 , note M. Contamine-Raynaud ; RTDciv. 1998 , 157 , obs. P. Crocq ; Defrénois 1997 , art. 36703 , n°158, p;1424 , note L. Aynès ; D.1998 .208 . note J. Casey ; JCP1998.I. 103 , obs. Ph. Simler ; RTDcom.1997.662 , obs. M. Cabrillac ; Dr. sociétés oct.1997 .1424 , obs. Th. Bonneau .

<sup>724</sup>Sur les extensions des personnes visées , voir P. Crocq et S. Piedelièvre, op.cit , D. Legeais , op.cit.

Mais ce vent clément va vite tourner dans une affaire similaire , l'arrêt Nahoum du 8 octobre 2002<sup>725</sup>. Ce dernier vient limiter la portée de la jurisprudence Macron en prenant davantage en compte les intérêts du créancier garanti et non plus uniquement ceux des cautions . Aussi , pour admettre le caractère disproportionné du cautionnement , les juges vont faire preuve d'une grande vigilance en établissant une distinction entre les cautions averties et celles qui ne le sont pas .

Dans l'affaire rapportée , les faits étaient les suivants : monsieur Nahoum et son fils , promoteurs immobiliers , s'étaient engagés cautions solidaires pour leur entreprise pour un montant de 20 millions de francs , une somme considérable par rapport à leur possibilités financières . D'autant que la crise de l'immobilier qui avait fait des ravages n'allait pas les épargner . Les opérations immobilières pour lesquelles ces cautions dirigeantes avaient contracté les prêts se sont révélées désastreuses . Poursuivies par le créancier , ces dernières ripostèrent en soulevant le caractère excessif de leurs engagements par rapport à leurs revenus. Contre toute attente , la Cour de cassation n'est pas allée dans leur sens en posant un principe d'appréciation des cautionnements souscrits beaucoup plus stricte pour les cautions que celui annoncé dans l'arrêt Macron . Un revirement que la Haute juridiction expliquait par le fait que ces cautions devaient « démontrer que la banque aurait eu sur leurs revenus , leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société , des informations qu'elles-mêmes auraient ignorées ». La rigueur de l'attendu sonne le glas de la jurisprudence Macron . De fait , seule la concomitance de l'ignorance des cautions solidaires et la connaissance de la banque lors de la conclusion du contrat aurait pu justifier la mise en jeu de la responsabilité dudit créancier . L'arrêt déplace ainsi le débat de la proportionnalité et de la responsabilité sur le terrain de l'information détenue ou non par l'établissement de crédit . La considération de la qualité de la caution revêt encore ici une importance primordiale . Les cautions Nahoum en leur qualité de cautions intégrées et averties n'ont donc pu jouir des faveurs des juges qui réservent le régime protecteur aux seules cautions profanes<sup>726</sup> . Ainsi par

---

<sup>725</sup>Cass.com. , 8 oct. 2002 ; Bull.civ. IV , n°136 ; JurisData n°2002-015.772 ; JCPE 2002 , 1730 , note D. Legeais ; JCPG 2003 . I.124 , n°6 , obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; D. 2002 , p.414 , note C. Koering ; JCPG 2003 .II. 10017 , note Y. Picod .

<sup>726</sup>Cass.1re civ. , 4 mai 2012 , n°11-11.464 ; Cass.com. 2 octobre 2012 , n°11-28.331; RD.bancaire et fin. 2012 , n°179 , obs. A. Cerles ; Banque et droit , nov.-déc. 2012 , p.58 , obs. E. Netter, RTDcom.2013.122, obs. D.Legeais ; Dr. et patr. fev. 2013 , p.82 , note Ph. Dupichot ; Cass.com. 13 fevr. 2007 , Bull.civ. IV. , n°31; Cass.com. 13 nov. 2007 ; RTDciv.2008 .328 , obs. P.Crocq ; RD.bancaire et fin. 2008 , n°9 , obs. D. Legeais ; Banque et droit , n°117 , 2008 , p.52 , note Rontchevsky ; Cass.1re civ. 10 mai 2005 , Bull.civ. I. n°200; Cass.com. 20 sept. 2005, Bull.civ. IV. , n°176 ;Cass.civ. 1re , 6 avril 2004 ; D.2004, somm.2707 , note Aynès ;

exemple , dans une autre affaire , une caution cogérante de l'entreprise débitrice se verra débouter de sa demande sur les mêmes motifs que ceux exposés dans l'arrêt Nahoum : « la caution ne démontrait pas , ni même ne prétendait , que le créancier aurait eu sur ses revenus , son patrimoine et ses facultés de remboursement des informations qu'elle même aurait ignoré »<sup>727</sup> . Il sera désormais plus difficile pour les cautions dirigeantes , surtout intégrées , de se libérer de leur engagement car , considérées comme ayant une connaissance parfaite de la situation de la société cautionnée .

Mais n'en déplaise aux juges , un an après l'arrêt Nahoum , le législateur va , par le biais de l'article L.341-4 du Code de la consommation de la loi Dutreil pour l'initiative économique du 1er août 2003, donner l'occasion à toutes les cautions personnes physiques ayant souscrit un cautionnement auprès d'un créancier professionnel et ce, quel que soit l'objet de la dette cautionnée , d'échapper à leur obligation<sup>728</sup> . Comme nous l'avons vu dans la partie consacrée précédemment à la protection consumériste , cette disposition qui généralise l'exigence de proportionnalité devient un moyen de défense redoutable mais qui comporte des imperfections . C'est peut-être ce qui explique que la jurisprudence ait voulu apporter des ajustements en tempérant l'exigence de proportionnalité dans le cautionnement et limiter ainsi les facultés d'actions des cautions pour rechercher la responsabilité des créanciers . Il en va de l'avenir de la sûreté qui doit retrouver toute son efficacité . Cette appréciation prétorienne nuancée se ressent jusque dans la sanction infligée en cas de cautionnement excessif qui prône une réponse mesurée (B).

---

Cass.com. 25 mars 2003 , RD. bancaire et fin. 2003 , n°135 , note D. Legeais ; JCP2003.I.176 , obs. Ph. Simler  
Cass.civ. 1<sup>ère</sup> , 9 juillet 2003 , Bull.civ. I . n°167 ; JCPE 2003 .1590 , obs. J. Casey ; D.2004 . 204 , obs. Y. Picod  
; RTDciv. 2004.124 , note P. Crocq ; RDbancaire et fin. 2003, n°12 , obs. D. Legeais ;

<sup>727</sup>Cass.com. 17 déc.2003 ; Bull.civ.VI , n°206 ; RD. bancaire et fin. 2004 , n°65 , obs. D. Legeais ;  
JCP2004.II.10072, note J. Casey .

<sup>728</sup>Ex. Cass.com. 15 janvier 2015, n°13-23489 ; Cass.com. 27 janvier 2015, n°13-27625 ; Cass.com. 27 janvier 2015, n°13-25202 ; Cass.com. 10 février 2015, n°13-27141 ; Cass.com. 10 février 2015, n°13-19121 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup> , 3 juin 2015, n°14-13126 14-17203 ; Cass.com. 22 septembre 2015, n°14-22913 ; Cass.com. 29 septembre 2015, n°14-21693 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup> , 14 octobre 2015, n°14-22087.

## **B) L' INSTAURATION D'UNE SANCTION RAISONNABLE ET PROPORTIONNEE**

Sensible à certaines critiques doctrinales, la jurisprudence s'est voulue prudente. La lutte contre la disproportion doit passer par un choix opportun qui prend en compte tous les intérêts en présence<sup>729</sup>. Pour ce faire, les juges vont s'employer à rendre des solutions moins radicales que la déchéance totale imposée par les articles L.313-10 et L.341-4 du Code de la consommation. Toute la difficulté résidera dans la faculté à concilier le droit de protéger la caution et la volonté de préserver l'efficacité du cautionnement.

Certes, il est souvent délicat de parvenir à une solution satisfaisante. Mais en dépit de certaines zones d'ombres qui existent toujours autour de la notion de responsabilité civile, la jurisprudence paraît avoir fixé un cap dans l'articulation entre ce mécanisme et le cautionnement. Le message est clair, si les juges viennent au secours de la caution en sanctionnant le créancier fautif d'avoir souscrit un cautionnement disproportionné, ce soutien a ses limites.

Aussi, la responsabilité du créancier ne doit pas conduire à la nullité du contrat de cautionnement<sup>730</sup> mais plutôt aboutir à une réduction de la dette de la caution et à la reconnaissance d'une créance de dommages et intérêts en sa faveur. C'est ce qui ressort notamment de l'arrêt Macron<sup>731</sup> dans lequel les juges avaient prononcé la réduction du montant de l'aval à hauteur de 5.000.000 de francs et l'attribution de dommages et intérêts dus par le banquier pour manquement à son obligation de contracter de bonne foi . La somme octroyée à la caution viendra ainsi se compenser avec celle qu'elle aurait du normalement payer au créancier au titre de son engagement. D'autres décisions viendront confirmer ce mode d'indemnisation de la caution<sup>732</sup>. L'objectif affiché par les juges n'est nullement de libérer la caution mais bien de la soulager en supprimant l'excès à l'origine du contentieux pour ramener la dette à un montant raisonnable. Par cette technique, on cherche avant tout à « frapper le comportement désinvolte du prêteur professionnel »<sup>733</sup>. C'est pourquoi,

---

<sup>729</sup>M. Mekki , « La protection de la caution : propos conclusif » , Acte du colloque « Quelle protection pour la caution ? » , CEDAG , 24 mai 2012, RD. bancaire et fin. , sept.-oct. 2012 , p.89 .

<sup>730</sup>Bien que cette possibilité n'est pas totalement exclue : Cass.civ. 1re , 6 avril 2004 ; D.2004 . 2707, obs. L. Aynès.

<sup>731</sup>op.cit.

<sup>732</sup>ex. Cass.civ. 1ère , 9 juillet 2003 , préc. ; Cass.civ. 1ère , 20 déc. 2007, op. cit.

<sup>733</sup>D. Mazeaud , « La réduction des obligations contractuelles » , in « Que reste t-il de l'intangibilité du contrat

l'indemnisation de la caution ne doit pas être intégrale mais « correspondre réellement au préjudice subi qui ne peut être équivalent à la dette toute entière, mais seulement à la mesure excédant les biens que la caution pouvait proposer en garantie [....]. Le préjudice doit correspondre à cette fraction excessive de la somme prévue dans le contrat de cautionnement»<sup>734</sup>.

Cette sanction est particulièrement intéressante. Elle présente l'avantage d'être moins rigide que la sanction adoptée par les dispositions consuméristes et surtout, elle répond à une nécessité celle de sauvegarder l'efficacité de la sûreté qui conserve tous ses effets car, si les obligations de la cautions sont revues à la baisse pour les aligner à ses capacités financières, ladite caution demeure toujours tenue de respecter son engagement « à hauteur du montant qui n'est pas considéré comme excessif au regard de sa solvabilité initiale ». En ne neutralisant pas le cautionnement excessif, la solution prétorienne offre finalement un bon compromis qui permet de concilier les intérêts en présence. L'équité attendue est donc respectée. Aussi, à l'instar de l'article 2305 du Code civil de la proposition de la commission « Grimaldi »<sup>735</sup> et des dispositions de l'article 650-1 du Code de commerce, ce mécanisme de la réduction doit, nous semble-t-il, être privilégié. L'attractivité du cautionnement n'en sera que meilleure face à des garanties beaucoup plus souples. Le reste à vivre de la caution prévu à l'article 2301 C. Civ. doit être « le seuil intangible » permettant de fixer cette réduction<sup>736</sup>.

Ainsi, la jurisprudence qui n'entend pas imposer le strict respect de proportionnalité, va par le jeu des règles de la responsabilité civile rétablir un équilibre et une équité attendus dans les rapports contractuels. Toutefois, le recours au droit de la responsabilité pour sanctionner un cautionnement disproportionné n'échappe pas à la critique. Car, si « la responsabilité est un outil pratique, fonctionnel, d'une grande souplesse, il est en définitive peu adapté pour remédier à un vice objectif tel que l'excès du cautionnement »<sup>737</sup>. Mais à ceux qui dénoncent l'enrichissement de la caution, la Cour de cassation répondra que « l'impression d'enrichissement est un effet d'optique dès lors que l'existence du préjudice est admise, il n'y a pas techniquement d'enrichissement de la caution mais seulement réparation dudit

---

? », Colloque Chambéry, Dr. et patr., mars 1998, p.61.

<sup>734</sup>Sous Cass.civ. 1ère, 9 juillet 2003, comm. Ch. Albiges, M.P. Dumont-Lefrand, Droit des sûretés, Dalloz, op. cit.

<sup>735</sup>Que nous avons exposé précédemment

<sup>736</sup>Voir Cass.com. 31 janv. 2012, n°10-28.236; JurisData n°2012-001264; D.2012, p.428, obs. V. Avena-Robardet; RD.bancaire et fin. 2012, p.51, obs. D. Legeais.

<sup>737</sup>N. Mathey, « Le caractère excessif de l'engagement de la caution », op. cit.

préjudice »<sup>738</sup>. Une mise au point nécessaire en cette période de doutes.

### **Conclusion sur le principe de proportionnalité**

« Instrument au service de l'équilibre dans le contrat, la proportionnalité constitue à la fois un instrument de mesure du défaut d'équilibre contractuel et de rétablissement de cet équilibre perdu ou failli »<sup>739</sup>. L'édiction d'un principe de proportionnalité dans le cautionnement, véritable instrument de contrôle de l'étendue de l'engagement de la caution et dont la doctrine n'a pas manqué de relever le caractère « franchement original »<sup>740</sup> tient une place de choix dans le dispositif de protection de la caution.

L'appel à la modération à destination des créanciers, et l'élan de générosité à l'égard des cautions est certes louable et même souhaitable. Car en soumettant le cautionnement au principe de proportionnalité, le législateur et la jurisprudence veulent interdire à la caution de prendre des engagements sans commune mesure avec ses facultés financières et éviter qu'elle ne s'endette. De leur côté, les créanciers, par les sanctions qui leur sont infligées, reçoivent un message fort. Il leur appartient désormais d'être solidaire des intérêts de la caution au point, s'il le faut, la dissuader de ne pas contracter. Mais cette « obligation de dissuasion »<sup>741</sup> qui pèse sur ces professionnels heurte de plein fouet le principe de la liberté contractuelle et n'est franchement pas de nature à promouvoir le cautionnement .

En outre , devant les divergences législatives et jurisprudentielles , on ne peut que se rallier au souhait d'un salubre éclaircissement sur cette question récurrente de la proportionnalité . Sur le plan législatif, ce qui ressort en premier lieu c'est un sentiment d'hostilité à l'encontre des dispositions consuméristes qui apparaissent peu satisfaisantes et pas forcément protectrices des cautions. Pour que la protection ait du sens, il faudrait que celle-ci soit uniquement réservée aux cautions profanes en position de faiblesse et qui en ont réellement besoin. Car, ne nous voilons pas la face, les cautions dirigeantes, averties, sont souvent parfaitement

---

<sup>738</sup>Sous Cass.com. , 25 mars 2003 , n°00-22.533.

<sup>739</sup>S. Legac-Pech , La proportionnalité en droit privé des contrats , préf. H. Muir-Watt , LGDJ , Bibl. dr. priv. , T.335 , 2000 .

<sup>740</sup>Ph. Délebecq , « les incidences de la loi du 31 Décembre 1989 sur le cautionnement » , D.1990 , n°13, p.257 .

<sup>741</sup>D. Mazeaud , sous Cass.1ère. Civ. , 8 juin 1994 , Defrénois , 1995 , art. 36210 , n°149 , p.1418 .

conscientes des risques et du caractère excessif du cautionnement quelles souscrivent . Mais animées par leurs besoins professionnels, elles occultent complètement ces aspects en espérant se dégager lorsque le créancier les poursuivra en paiement. De fait, l'extension de la protection aux cautions dirigeantes agissant dans le cadre de leur activité professionnelle leur procure un filet de sauvetage inespéré avec l'article L.341-4 du Code de la consommation.

De plus, les lois se suivent et se ressemblent, sans réelle cohérence. La compilation de textes est un exercice dans lequel le législateur excelle. Il réitère les mêmes erreurs que celles faites dans les mécanismes d'information et du formalisme adressés aux cautions. « C'est toujours la même lumière qui brille, celle qui éclaire le contractant plus qu'elle n'éclaire ou ne sert le contrat de cautionnement ». En effet, l'article L.341-4 C.cons. de portée générale englobe nécessairement l'article L.313-10 C.cons. . Se pose alors la question de l'utilité de conserver ce double régime.

Sur le plan jurisprudentiel, la frontière entre d'un côté la possibilité pour la caution de se prévaloir d'un cautionnement disproportionné emportant la déchéance du contrat de cautionnement, et de l'autre le recours à la responsabilité civile entraînant l'espoir d'obtenir réparation à hauteur du préjudice subi par la caution, s'est accentuée . Le droit est un phénomène vivant qui doit s'appliquer à des situations concrètes . La jurisprudence est au cœur de ce processus juridique . Les juges ont conscience que « le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit , mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs pour la satisfaction des besoins individuels . Aussi, est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique et non d'après la fantaisie individuelle de chacun d'eux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué »<sup>742</sup>. Aussi, par la force des choses, la jurisprudence a été amenée à voir dans le droit non pas « une science exacte » mais une « science sociale » et n'a dès lors pas hésité à adapter les textes aux situations nouvelles dont elle avait à connaître, comme par exemple dans l'arrêt *Macron*.

A travers le contrôle de proportionnalité, les juges ont souhaité produire un savant dosage en protégeant la caution tout en préservant la finalité du cautionnement. De fait, si la sanction des cautionnements excessifs est possible, elle ne doit être prononcée que dans des cas particuliers

---

<sup>742</sup>R. Saleilles , « De la déclaration de volonté , contribution à l'étude de l'acte juridique allemand » , op.cit.

mettant en scène des cautions profanes spécialement vulnérables face à un créancier avisé. Dès lors, le principe de proportionnalité s'apparente à un véritable contrôle d'opportunité<sup>743</sup>. Il ne s'agit plus seulement pour le juge de déterminer si la caution s'est valablement engagée, mais bien de savoir si cette caution, compte tenu de sa situation pouvait raisonnablement s'engager. Autrement dit, était-elle « économiquement capable ».

Il est alors permis de s'interroger. Le mécanisme de proportionnalité n'est-il pas de nature à inverser la charge du déséquilibre, mais au profit de la caution cette fois ? D'où l'inquiétude de certains auteurs de voir la caution s'enrichir. N'est-ce pas autoriser la conduite arbitraire de la part de ce garant qui est enclin, plus que tout autre débiteur à rechercher l'échappatoire ? C'est pourquoi, on pourrait légitimement croire que l'exigence de proportionnalité est défavorable au contrat de cautionnement. Mais en réalité ce sont les incertitudes qui entourent les conditions d'exercice de ce contrôle et les sanctions qu'il véhicule qui affectent la sûreté. Plus de clarté et de simplicité rendraient certainement la matière plus attractive. D'autant que ce principe de proportionnalité est depuis quelques années talonné par l'obligation de mise en garde pesant sur le créancier avec laquelle il fera souvent double emploi<sup>744</sup>.

---

<sup>743</sup>N. Mathey, *op.cit.*

<sup>744</sup>D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op.cit.*



## **Conclusion première partie**

Notre objectif à travers cette thèse n'est pas de transmettre un programme bardé de certitudes. Il est plutôt d'ouvrir un débat sur les bases les plus objectives et les plus concrètes possibles sur l'avenir du cautionnement, un avenir au demeurant incertain. Les réformes qui enrichissent singulièrement le champ des perspectives tracées par le législateur doivent en principe adapter nos instruments juridiques à la réalité pour rendre justement notre droit du cautionnement plus simple, plus lisible avec des règles connues et comprises des uns et des autres. Or, l'arsenal juridique mobilisé au soutien des cautions pour les protéger des vicissitudes du cautionnement est lourd. Il vient ainsi comprimer l'espace contractuel occupé par le créancier et la caution pour mieux le domestiquer. Le contrat de cautionnement subira ainsi quotidiennement une sorte d'envahissement législatif et jurisprudentiel au nom de la justice contractuelle.

Le développement et la reconnaissance de ces nouvelles obligations pesant sur le créancier, comme l'information, mention manuscrite, conseil mise en garde, principe de proportionnalité, dont l'efficacité est loin d'être acquise, portent naturellement un coup à la théorie des vices du consentement qui est en net recul dans les demandes des cautions<sup>745</sup>. Des contraintes qui vont être accompagnées d'autres mesures intervenant au niveau de la vie du cautionnement et qui vont à leur tour parasiter la bonne exécution du contrat au grand désespoir des créanciers (2<sup>ème</sup> partie).

---

<sup>745</sup> A. Silvère Yansounou, « La responsabilité civile du créancier professionnel en matière de sûretés », Mémoire Master II, Droit privé 2005.

## **2ème PARTIE : LA PROTECTION DE LA CAUTION AU COURS DE L'EXECUTION**

### **DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT**

Au cours de la vie du cautionnement, les limites drastiques aux marges de manœuvres des créanciers sont nombreuses et disparates. Ces nouvelles règles impératives qui entendent rétablir l'équilibre contractuel tant recherché et auxquelles les parties au cautionnement ne pourront déroger, vont s'appuyer notamment sur un élément essentiel du cautionnement : son caractère accessoire. Tantôt dénoncé, tantôt loué, cet aspect de l'engagement de la caution qui imprègne l'ensemble de son régime, est un principe récurrent dans la phase d'exécution du contrat. Il semble inventé exprès pour distraire la sagacité des créanciers qui doivent composer avec son existence. Mais, ces dispositions protectrices des intérêts des cautions soulèveront en tout état de cause la question de leur utilité et surtout de leur efficacité.

Effectivement, il est à espérer que cette intrusion excessive du législateur et des juges dans le contrat ne se révélera pas néfaste, nuisible, y compris pour les cautions. Car le mode de régulation a ses limites. Toute l'attractivité de notre cautionnement est alors en jeu car dans le paysage des sûretés existantes, certaines se présentent comme de sérieuses alternatives au cautionnement. Voyons dès lors si les mécanismes de protection couvrant l'exécution du cautionnement sont de nature à mettre en péril son utilisation. Cette mesure se fera à travers l'étude de l'accompagnement dont bénéficient les cautions dans cette phase contractuelle par notamment des informations spécifiques (Titre 1) et les différents recours qui lui sont reconnus (Titre 2).

**TITRE 1 : LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION POUR UN MEILLEUR**  
**ACCOMPAGNEMENT DE LA CAUTION AU COURS DE LA VIE DU**  
**CAUTIONNEMENT**

« Pour survivre, chacun doit s'ingénier à chercher des fissures dans l'infortune pour  
parvenir à s'évader quelque peu ».

Lao She, Quatre générations sous un même toit.

Des « fissures », la caution va en trouver dans l'exécution du contrat de cautionnement et dans lesquelles elle va judicieusement s'engouffrer pour échapper à son engagement ou le limiter. Il faut dire qu'elle dispose d'un allié de taille pour y parvenir, le législateur. Effet, aujourd'hui, il est bon ton d'affirmer que la caution est un contractant « très spécial » qu'il faut protéger au delà de la formation du contrat. C'est là pour nous un vrai paradoxe !

Que la caution soit autant protégée en amont du cautionnement pour lui permettre de s'engager en connaissance de cause est compréhensible et même nécessaire étant donné les dangers qui la guettent. Mais de là à étendre cette protection au cours de la vie du cautionnement est assez déroutant. En agissant de la sorte, ne remet-on pas le but même de la sûreté en cause ?

Le législateur qui fait montre d'une grande bienveillance à l'égard de la caution, ne le voit pas ainsi. La stratégie qu'il met en place pour résoudre le déséquilibre existant entre les contractants se résume tout d'abord dans l'instauration d'obligations d'informations à la charge du créancier. Qu'elles soient périodiques ou ponctuelles, ces informations soulèveront pourtant bien des problèmes (Chapitre 1). Les attaques à l'encontre du créancier ne s'arrêteront pas là et s'organiseront notamment dans les procédures d'insolvabilité du débiteur principal (Chapitre 2).

Il va s'en dire que la mise en œuvre de ses mesures protectrices de la caution exigeront des efforts considérables de la part du créancier qui voit désormais peser sur lui mille et une

menaces. Pour échapper au pire et tirer parti du meilleur, ce créancier devra composer habilement avec les cartes distribuées par le législateur dans ce jeu complexe avec la caution<sup>746</sup>. Ainsi, bien des difficultés dans le recouvrement de sa créance attendent notre créancier, des obstacles annonciateurs d'une crise profonde de la sûreté personnelle.

## **CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR L'EXTENSION DE L'INFORMATION A LA CAUTION DURANT L'EXECUTION DU CAUTIONNEMENT**

« L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui,  
mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison ».

Portalès, Discours préliminaire au Code civil

En principe, la raison veut qu'en sa qualité de caution se renseigne sur l'état de la dette garantie afin de ne pas se retrouver dos au mur le moment venu. Malheureusement, bien souvent, aussitôt signé, presque aussitôt oublié, le cautionnement ne reste qu'un lointain souvenir dans l'esprit des cautions.

Le chemin vers l'engagement d'un cautionnement est pavé de bonnes intentions. Nous avons pu constater lors de la formation du contrat la légèreté avec laquelle les cautions pouvaient s'engager sans même mesurer l'impact que pourrait avoir cet acte sur leur vie. Les mesures préventives, informatives devaient en ce sens les alerter sur les effets néfastes du cautionnement. Aussi, le législateur, conscient de la nécessité d'encadrer la sûreté, va étendre son influence au stade de son l'exécution en faisant bénéficier les cautions d'informations imposées aux créanciers. La mémoire des cautions pouvant faire défaut, il appartient désormais aux créanciers de la leur rafraîchir régulièrement pour qu'elles aient une certaine maîtrise sur l'évolution de la dette principale. Cette information annuelle trouvera échos dans différentes lois qui s'accumuleront de manière assez déconcertante (Section 1). Une

---

<sup>746</sup>D. Legeais, op.cit.

dissémination législative qui s'observera également dans le cadre de l'obligation pour le créancier d'informer promptement la caution dès la première difficulté connue par le débiteur principal (Section 2). Cette compilation de textes réalisés dans le plus grand désordre<sup>747</sup> n'affecte-t-elle pas la lisibilité du cautionnement? Que dire du secret bancaire qui est mis à mal ? De nombreuses inquiétudes doivent donc trouver solutions.

## **SECTION 1 : L'INFORMATION ANNUELLE, UN OUTIL DE PREVISION**

L'obligation d'information de la caution par son cocontractant n'a pris de l'importance aux yeux du législateur qu'assez tardivement. Traditionnellement, on considérait qu'il appartenait à la caution de s'intéresser à l'évolution de la personne qu'elle a cautionné afin de veiller au mieux à ses intérêts. Mais dans la pratique, le constat est édifiant ! Alors quelles devraient garder à l'esprit l'épée d'Amocles qui pèse sur leur tête avec les conséquences financières potentielles auxquelles elles devront faire face en cas de défaillance du débiteur principal, les cautions tiers au contrat de prêt font rarement cette démarche de prudence. C'est donc tout naturellement que le législateur va se saisir de ce problème pour faire de ce facteur temps un élément de protection de la caution. L'objectif est d'éveiller la conscience de ce garant en maintenant un lien informationnel entre lui et le créancier tout au long de l'existence du contrat. La loi va alors accompagner les cautions dans cette phase incertaine en contrôlant le comportement des créanciers en exigeant d'eux un devoir de mémoire dont le domaine va progressivement se révéler complexe et imparfait (§1) . Les sanctions s'y référant vont amplifier ce sentiment qu'alimente la fournaise législative (§2).

---

<sup>747</sup>A-S. Barthez, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », RDC. 2008, p.587 ; Y. Picod , « Evolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat » , Mélanges Ph. Simler , Litec-Dalloz , 2007 , 395 .

## **§1) UN DROIT A L'INFORMATION ANNUELLE MORCELE**

Devenu un instrument majeur de la protection des cautions, l'information annuelle connaît depuis les années 80 une évolution remarquable<sup>748</sup>. Son importance devrait-elle se mesurer au nombre de textes qui lui sont dédiés. Cette boulimie législative serait-elle un gage d'efficacité ? Le législateur qui, avide de plus de justice, d'équilibre dans le contrat, va multiplier les dispositions sans songer peut-être que le cautionnement doit impérativement trouver une certaine stabilité pour accéder à une meilleure prévisibilité. Un élément indispensable pour toute sureté qui se veut symbole de sécurité juridique. C'est dire que la profusion de régimes d'obligations d'informations annuelles, aux champs d'application pas toujours clairement définis, constitue aujourd'hui une pomme de discorde. Plusieurs dispositions sont alors à relever, à commencer par la spécificité de l'article L.313-22 CMF qui sera à rapprocher avec d'autres textes (A), et celle relative à l'article 2293 al.2 du Code civil (B), jusqu'à une généralisation de l'information annuelle du droit de la consommation (C).

### **A) LA SPECIFICITE DE L'ARTICLE L. 313-22 CMF**

La valse des textes recouvrant l'information annuelle des cautions va se faire en plusieurs temps. Elle débute en 1984 avec la loi n°84-148 du 1er mars relative à la prévention et au règlement des difficultés des entreprises. Celle-ci ouvre le bal avec l'article 48, devenu par la suite l'article L.313-22 du Code monétaire et financier en énonçant que toute personne physique ou morale ayant souscrit un cautionnement est créancière d'une obligation d'information annuelle imposée aux établissements de crédit<sup>749</sup>. Ces derniers devront, avant le 31 mars de chaque année, pour le concours financier qu'ils apportent à l'entreprise du débiteur principal, informer ladite caution sur l'état de la dette arrêtée au 31 décembre de l'année

---

<sup>748</sup>D. Pardoel, « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », Les Petites Affiches, 3 juillet 2001, p.13 ; J-M. Fernandez, « L'information annuelle des cautions : une obligation légale universalisée », Les Petites Affiches, 27 février 1998, n°25, p.9 ; Y. Picod, « L'évolution de l'obligation de la caution pendant l'exécution du contrat », op. cit. ; P. Pays, « L'information de la caution d'un crédit », Rev. huissiers 1998, p.76 ; P. Crocq, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in Mélanges M. Cabrillac, Dalloz, 1999, p.349 ; M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, Bibl. dr. privé, n°221, LGDJ, 1992.

<sup>749</sup>F-J. Crédot et J. Hemmele, « L'obligation d'information annuelle des cautions par les établissements de crédit », Banque 1984, p.1023 ; Y. Picod, « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprises », Dalloz 2002, n°24, p.1971 ; D. Legeais, « L'obligation annuelle d'information de la caution : le revirement de la Cour de cassation », RD bancaire et fin. 2001, n°4, p.251.

précédente. La loi précise en outre qu'il incombe à ces professionnels de lui rappeler, dans le cas d'un engagement déterminé, le terme extinctif ou, si le cautionnement est à durée indéterminée de lui signifier la possibilité pour elle de résilier à tout moment le contrat en lui exposant les modalités d'exercice dans le courrier envoyé.

Mesure phare du dispositif de protection des cautions, l'article L.313-22 du Code monétaire et financier va, sous l'égide de la bonne foi, contraindre les établissements de crédit à un devoir de coopération destiné à éclairer la caution sur l'étendue de son engagement. Ils doivent donc s'abstenir d'être passifs en prenant en considération les intérêts de la caution en lui remémorant la durée restant à courir et les montants dus.

Mais, à la lecture du texte, on constate que l'observation scrupuleuse de cette obligation d'information annuelle apparaît difficilement applicable tant les imprécisions qui l'entourent sont nombreuses. Qu'il s'agisse de son champ d'application, du contenu de l'information, de sa preuve ou même de la sanction qui doit être appliquée, l'article L.313-22 CMF, dénote par l'abondant contentieux qu'il génère, soumettant ainsi la jurisprudence à un exercice exacerbé de clarification sur les questions dont elle est saisie. Ces précisions jurisprudentielles seront donc multiples.

A commencer par l'un des critères essentiels d'application de cet article qui se réfère à la notion « d'entreprise » bénéficiaire du concours financier. Qu'entend-on par « entreprise »? La loi étant restée muette sur ce point<sup>750</sup>, c'est la Cour de cassation qui est venue en déterminer la contenance dans plusieurs arrêts<sup>751</sup>. Elle en retiendra une interprétation large puisque les dispositions du texte viseront tous les cautionnements qui garantissent un concours financier accordé pour les nécessités et le développement de n'importe quelle activité économique, qu'elle soit artisanale, commerciale, agricole ou libérale<sup>752</sup>. En ce sens, doivent être intégrées les personnes morales<sup>753</sup>, y compris les sociétés civiles immobilières (SCI)<sup>754</sup>, une association

---

<sup>750</sup>Schiller, « La définition de l'entreprise au secours de la caution », RD bancaire et fin. 2002, p.154.

<sup>751</sup>Notamment à travers les trois arrêts de la première Chambre civile du 12 mars 2002 : Cass.1re civ., 12 mars 2002 ; Bull. Civ. IV, n°86 ; RD bancaire et fin. 2002, p.87, obs. D. Legeais ; JCP 2002.I.162, n°2, note Ph. Simler ; LPA 9 oct. 2002, p.9, obs. D. Houtcieff ; D.2002, AJ.1999, obs. Lienhard ; RTDcom. 2002, 524, note Cabrillac ; Bull. Joly 2002, p.1033, obs. B. Saintourens.

<sup>752</sup>Ex. Cass.1re.civ., 23 mars 2004 ; Bull.civ. I, n°94 ; JCP 2004.I.188, n°5, note Ph. Simler ; RD bancaire et fin. 2004, n°119, obs. D. Legeais : à propos de l'activité notariale. Cass. 1re civ., 12 mars 2002, préc. : concernant l'activité d'un huissier, la Cour énonce que « L'exercice d'une activité économique libérale constitue au sens du texte susvisé, une entreprise, peu importe qu'elle soit en voie de création ».

<sup>753</sup>Cass.com., 18 février 1997 ; Bull.civ.IV, n°53.

<sup>754</sup>Cass.1re civ., 28 juin 2007, n°06-14867 ; JCPE.2008, 1036, n°4, note Ph. Simler : « Attendu qu'ayant

à but non lucratif, dès lors que leur activité économique est suffisamment importante et, qu'elles emploient un grand nombre de salariés.

En revanche, les établissements de crédit ne peuvent être tenus à une obligation d'information envers la caution du locataire avec option d'achat qui s'acquitte des loyers<sup>755</sup>. Alors que la caution fait valoir que le crédit octroyé est bien un financement, la Cour de cassation, fidèle à sa position antérieure<sup>756</sup>, rejette sa demande au motif que la personne qui prend le crédit-bail n'est pas tenue aux échéances d'un crédit mais aux règlements de loyers qui sont en l'occurrence exclus du champ d'application de l'article L.313-22 CMF. Cette solution peut paraître surprenante car le crédit-bail est une opération de crédit qui constitue de fait un « concours financier ». Néanmoins, on saisit davantage l'attendu retenu par la Haute juridiction lorsqu'on tente d'appréhender la nature si particulière de cette opération qui en outre s'adapte mal à la sanction de la déchéance des intérêts appliquée par le Code monétaire et financier en cas de manquement à l'obligation d'information annuelle. Le même refus sera prononcé à l'égard d'une caution garantissant un cautionnement constitutif d'un crédit par signature qui ne peut être qualifié de concours financier<sup>757</sup>, pas plus que l'aval<sup>758</sup>. Par contre, au même titre qu'un prêt, qu'un découvert en compte ou une cession Dailly, l'opération d'affacturage constitue un concours financier au sens de l'article L.313-22 CMF permettant à la caution qui le garantit de bénéficier des dispositions dudit article<sup>759</sup>. Et pour cause, le fonctionnement de l'affacturage est celui d'une ouverture de crédit en compte courant. Aussi, la Cour de cassation va peu à peu dégager un faisceau d'indices sur lequel les juges pourront s'appuyer pour octroyer ou non la qualité d'« entreprise ».

---

constaté que la SCI avait pour objet l'achat, la vente et la gestion de tous biens immobiliers, les juges du Second degré en ont exactement déduit qu'un tel objet conférerait à celle-ci le caractère d'une entreprise au sens des dispositions de l'art. L.313-22 CMF, que le moyen n'est pas fondé ». V. également Cass.1re civ., 15 mars 2005 ; RD bancaire et fin. 2005, n°85, note D. Legeais ; JCPE 2005, 915, n°2, obs. Ph. Simler ; RDC 2005, 841, note D. Houtcieff.

<sup>755</sup>Cass.com. 28 janvier 2014, n°12-24-592 ; JurisData n°2014-001059 ; RD bancaire et fin., mai-juin 2014, p.49, note A. Cerles.

<sup>756</sup>Cass.com., 8 nov. 2011 ; Banque et droit 2012, n°141, p.35, obs. Th. Bonneau ; Cass.com., 30 nov. 1993 ; Bull.civ.IV. n°435 ; RD bancaire et de la bourse, mai/ juin 1994, p.130, note M. Contamine-Raynaud ; Defrénois 1994.1173, obs. Aynès.

<sup>757</sup>Cass.com. 3 déc. 2003, n°99-12-653, IV, n°188 ; RD bancaire et fin. 2004, n°61, note D. Legeais ; JurisData n°2003-021362 ; D.2004.206, obs. V. Avena-Robardet ; Cass.1re civ., 23 mars 2004 ; RD bancaire et fin., juillet-août 2004, p.163, note D. Legeais.

<sup>758</sup>Cass.1re civ., 13 février 2007 ; Banque et droit, mars/avril 2007, p.32, note T. Bonneau ; RTDciv. 2007, 370, obs. P. Crocq.

<sup>759</sup>Cass.com., 30 nov. 1993 ; RD bancaire et de la bourse, mai-juin 1994, p.130, obs. Contamine-Raynaud.



Après avoir précisé la notion « d'entreprise » et celle de « concours financier », la jurisprudence doit s'atteler à répondre à une question récurrente se rapportant à la caution dirigeante. Compte tenu de sa position dans l'entreprise cautionnée, cette dernière peut-elle contester le comportement de l'établissement de crédit qui n'a pas respecté son obligation d'information ?

Pour leur défense, les créanciers invoquent souvent la connaissance évidente par la caution de l'état de la dette de la société. En effet, étant gérante de l'entreprise cautionnée, la situation financière de l'entreprise ne pouvait lui échapper. Une obligation d'information par la banque ne serait donc qu'hypocrisie. Mais heureusement pour les cautions, la Cour de cassation a rejeté cet argument et affirme de manière assez ferme que, peu importe que la caution dirigeante soit parfaitement au courant de la situation de la société garantie, les créanciers ont le devoir de se conformer aux prescriptions prévues par le Code sus visé et par conséquent ne peuvent, sous prétexte de la position de ladite caution, se dérober à leur obligation d'information à son égard<sup>760</sup>. En conférant à l'article L.313-22 CMF une large portée, la jurisprudence offre aux cautions averties, supposées être mieux informées, de critiquer les créanciers et trouver ainsi une planche de salut pour se décharger au maximum.

En dissipant les zones d'ombres qui enveloppaient la loi du 1er mars 1984, la jurisprudence a nécessairement contribué par ses divers arrêts à en réduire le contentieux ; en espérant toutefois qu'elle ne l'alimentera pas de l'autre côté en étant trop laxiste à l'encontre de certaines cautions qui n'ont pas forcément besoin qu'une information leur soit délivrée par le créancier.

Ainsi, pour savoir si une caution peut bénéficier de l'information annuelle encadrée strictement par le Code monétaire et financier, il est essentiel de déterminer la nature de l'activité économique du débiteur cautionné, d'établir la qualité du prêteur avec lequel ce dernier s'est engagé, et enfin le type de cautionnement souscrit. Aussi, si tous les créanciers qui accordent un concours financier sont concernés, les crédits doivent impérativement avoir été consentis à une entreprise cautionnée par une personne physique ou morale. Cette information due par les établissements de crédit aux cautions d'entreprises a donc un domaine

---

<sup>760</sup>Cass.com. 14 déc.2010, Bull.civ.IV, n°198 ; Cass.com., 13 avr.2010, inédit, n°08-20923 ; Cass.com. 24 mars 2009, inédit, n°07-21604 ; Cass.com. 13 oct. 1998, inédit, n°96-16808 ; RTDcom. 1999.173, obs. M. Cabrillac ; Cass.com. 25 mai 1993, Bull.civ.IV, n°203.

restreint que le législateur a cru bon d'étendre dix ans plus tard , par la loi Madelin n°94-126 du 11 février 1994 , aux cautions personnes physiques qui ont garanti les dettes professionnelles des entrepreneurs individuels . Ce nouveau texte relatif à l'initiative et à l'entreprise individuelle vient, par le biais de son article 47-II, alinéa 2, imposer l'information annuelle de l'article L.313-22 CMF à tous les créanciers sans distinction, en leur appliquant en cas de non respect de leur obligation d'information la même déchéance des intérêts.

Pas à pas, le législateur va dès lors tenter de combler les carences portant sur l'information annuelle de la caution en édictant toujours plus de lois. Après le Code monétaire et financier, c'est dans les Codes civil et de la consommation qu'il s'exercera, mais sans vraiment innover. C'est donc à travers d'une part l'article 2293 du Code civil (B), et d'autre part l'article L.341-6 du Code de la consommation que le processus de protection des cautions se poursuit (C).

### **B) LA TENUEUR DE L'INFORMATION DE L'ARTICLE 2293 al.2 C.CIV.**

L'extension de l'information annuelle des cautions trouvant sa source dans le Code civil a vu le jour dans la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions avec l'article 2016 du Code civil<sup>761</sup>. Ce dernier se référant à l'étendue du cautionnement indéfini sera modifié par la nouvelle numérotation issue de l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 et deviendra l'article 2293 du Code civil. Le législateur y prévoit dans son nouvel alinéa que « lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires, au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités ».

---

<sup>761</sup>Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions : JO 31 juillet 1998 ; JCPE.1998 , n°38, p.1459 ; D. Legeais , « La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », JCPE .1998 , n°44 , p.1724 ; B. Aubert , « Les modifications apportées au droit du cautionnement par la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », Rev. Proc. Coll. , n°2/3 , juin 1999 , p.82 ; A. Sinay-Cytermann , « La réforme du surendettement , les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions », JCP.1999.I.195 ; S. Piedelièvre , « Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions », JCPG.1998, n°170 ; J-F. Crédot et Y. Gérard , « La loi n°98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », RD bancaire et bourse 1998 , p.169 ; B.E. Seigneur , « Renforcement de l'obligation d'information des cautions dans les dispositions de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », Les Petites Affiches , 7 mai 1999, p.12 ; P. Ancel , « Le surendettement des particuliers (après la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions - Rapport de synthèse », in Petites Affiches n°101 , 21 mai 1999 , p.50 à 56 .

S'inspirant de l'article L.313-22 du Code monétaire et financier, cette nouvelle disposition aura toutefois une portée plus générale puisqu'elle impose l'information à tout créancier, qu'il soit professionnel ou particulier, au profit des personnes physiques qui ont conclu un cautionnement indéfini de dettes déterminées ou déterminables. On perçoit ici la volonté du législateur de faire jouir du dispositif protecteur le plus grand nombre de cautions<sup>762</sup>. Les dirigeants y trouvent bien évidemment leur place. Mais le problème n'est pas là. En effet, ce que nous redoutons avec cette information supplémentaire c'est l'égarement qu'elle pourrait entraîner chez les créanciers, déjà déboussolés par tant de mesures protectrices des intérêts des cautions. En cela nous pensons surtout aux créanciers non-professionnels qui ne disposent pas des mêmes moyens que les créanciers professionnels dans la mise à jour de leurs devoirs<sup>763</sup>. Aussi, il est fort probable que l'obligation résultant de l'article 2293 C. civ. ne leur échappe, d'autant plus que la souscription du cautionnement ne nécessite aucune intervention d'un professionnel qui aurait pu en de pareils cas les orienter.

En outre, l'article 2293 C.civ. n'est pas très explicite, ce qui n'est pas pour aider les créanciers les plus « ignorants ». Alors que l'article L.313-22 CMF sur lequel il s'appuie, précise que « les créanciers doivent chaque année, avant le 31 mars, renseigner la caution sur l'état de la dette garantie », la nouvelle disposition soumet le créancier à l'informer sur « l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires ». La formule laisse perplexe. Que faut-il comprendre par le terme « évolution ». L'imprécision des mots fabrique des incertitudes dont le cautionnement pourrait bien se passer. Que faut-il comprendre par le terme « évolution » ? Le terme « évolution » désigne un mouvement, un changement<sup>764</sup>. Cela signifie-t-il que si le montant de la créance n'évolue pas, la caution n'aura pas droit à l'information énoncée ? Difficile d'y croire ! Pour éviter toute ambiguïté, il aurait fallu que le législateur fasse preuve de plus de justesse quant à l'information à délivrer en s'attachant plus au montant restant du par le débiteur principal au titre de la dette garantie<sup>765</sup>.

De plus, le moment de la délivrance de l'information diffère de celle énoncée par l'article L.313-22 CMF. Celle-ci ne doit pas être transmise avant le 31 mars de chaque année à la caution mais « au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou à défaut, à la

---

<sup>762</sup>G. Biardeaux et G. Flores, « L'information annuelle de la caution et article 2293C.civ. », D.2007, p.174.

<sup>763</sup>G. Biardeaux et G. Flores, préc.

<sup>764</sup>Définition dictionnaire encyclopédique Hachette, éd.2013.

<sup>765</sup>D. Legeais, « La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », op. cit.

date anniversaire du contrat ». Cette faculté offerte aux contractants implique une certaine vigilance et rigueur des créanciers , surtout de la part des non-professionnels plus enclins à oublier les dates en question . Aussi, faut-il leur conseiller lors de la conclusion du contrat de cautionnement d'inscrire soigneusement sur leur calendrier , agenda ce moment fort important pour ne pas subir les désagréments qu'enclencherait le non respect de l'obligation d'information posée par l'article 2293 C. civ.<sup>766</sup> .

Chose surprenante, c'est qu'on compte très peu de litiges opposant les cautions personnes physiques ayant souscrit un cautionnement indéfini aux établissements de crédit. En effet, alors que certains auteurs<sup>767</sup> prédisaient une augmentation du contentieux relatif à cette disposition législative, c'est étonnamment l'effet inverse qui s'est produit . Les décisions s'y rapportant sont quasiment absentes des recueils de jurisprudence<sup>768</sup> . On ne peut guère relever que de rares arrêts<sup>769</sup> qui témoignent de l'impact de ce texte sur l'évolution de l'obligation d'information annuelle due aux cautions , et encore , quand celui-ci n'est pas littéralement absorbé par l'article L.313-22 CMF qui lui vole la vedette<sup>770</sup> . Le faible contentieux observé en la matière s'explique vraisemblablement grâce au recours à un notaire lors de la souscription par la caution du cautionnement indéfini . La détention par le créancier d'un acte notarié lui est incontestablement bénéfique . Un tel acte lui confère un titre exécutoire difficilement contestable devant les tribunaux<sup>771</sup> . Toutefois, ne nous méprenons pas, apparaissant comme l'une des pièces maîtresses du dispositif protecteur de la caution, l'article 2293 C.civ. , n'a certainement pas fini de faire parler de lui. Espérons que les développements auxquels il conduira contribueront à lui apporter les améliorations et les précisions qui lui sont nécessaires.

---

<sup>766</sup>D. Legeais , préc.

<sup>767</sup>M. Cabrillac, RTDcom.1998, p.900, op.cit.

<sup>768</sup>G.Biardeaud et Ph. Flores, préc.

<sup>769</sup>Ex. Cass.1re civ. , 5 juillet 2005 , n°03-16696 ; CA Paris , 19 novembre 2004 , JCP2005, I, 135 , n°3 , obs. MM. Débebecque et simler ; cit. par G. Biardeaud et Flores , préc.

<sup>770</sup>Ex. CA Paris, 19 nov. 2004 , préc.

<sup>771</sup>Sur ce point voir Biardeaud et Flores , préc.

### **C) LA GENERALISATION DE L'INFORMATION ANNUELLE APPORTÉE PAR LE CODE DE LA CONSOMMATION**

En tant que nouveau siège du cautionnement, le Code de la consommation regorge désormais de mesures protectrices en faveur des cautions. Sur l'information annuelle qui leur est due, c'est l'article L.341-6 du Code de consommation qui la met à l'honneur. Apportant sa pierre à l'édifice, ce nouveau texte issu de la loi Dutreil n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique<sup>772</sup> apparaît comme le décalque de l'article L.313-22 du Code monétaire et financier, à ceci près qu'il propose un domaine d'application nettement plus étendu. Effectivement, les établissements de crédit ne sont plus les seuls à être dans le viseur du législateur. L'obligation d'information annuelle est élargie et s'adresse à tout créancier professionnel qui contracte avec une caution personne physique, que le cautionnement soit à durée déterminée ou indéterminée.

Entré en vigueur le 5 février 2004, l'article L.341-6 C.consom. énonce que « le créancier professionnel est tenu de faire connaître à la caution personne physique, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, il rappelle la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. A défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information ». A la lecture de cette disposition plusieurs points sont à relever.

Tout d'abord, ne recourant plus aux notions « d'établissements de crédit », d'« entreprise », et de « concours financier », le législateur confère au nouveau texte consumériste une large portée par rapport à l'article L.313-22 CMF. Il emploie néanmoins l'expression « créancier

---

<sup>772</sup>S. Piédelièvre, « La réforme de certains cautionnements par la loi du 1er août 2003 », Defrénois 2003, p.1372 ; F. G. Trebulte, « Renforcement de la protection de la caution », Dr. sociétés 2003, n°157 ; D. Houtcieff, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », JCP 2003, I, 161 ; Aynès, « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », Dr. et Patr., nov. 2003, p.29 ; D. Legeais, « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit du cautionnement », JCPE. 2003, 1433 ; F. Pasqualini, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », Petites Affiches, 3 février 2004, p.3 ; B. Moreau, « Cautionnement : réflexions sur la loi du 1er août 2003 », Gaz. Pal., 29 juin 2004, n°181 ; V. Avena-Robardet, « Réforme inopinée du cautionnement », D.2003, p. 2083.

professionnel » , terme pourtant équivoque chargé d'obscurités<sup>773</sup> . Nous avons eu l'occasion au cours de nos précédents développements sur le formalisme ou le principe de proportionnalité de tenter de cerner cette notion récurrente . Aussi grâce aux apports de la jurisprudence , nous savons désormais que depuis 2009 la Cour de cassation privilégie une interprétation large de « créancier professionnel »<sup>774</sup> . « Le créancier étant celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou celui qui se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles , même si celle-ci n'est pas principale » , l'obligation d'information annuelle de l'article L.341-6 C. cons. n'est plus réservée aux seuls établissements de crédit . L'expression de « créancier professionnel » recouvre alors une infinie de possibilités et même les moins probables au point qu' un auteur a pu suggérer « qu'il s'agit du professionnel créancier plutôt que du créancier professionnel »<sup>775</sup> .

Autre point signifiant de l'article L.341-6 C.cons. , c'est le renforcement de la protection de la caution personne physique sans distinction . A ceux qui se demandaient si la caution dirigeante était concernée par la disposition , la réponse est affirmative . Les différences de traitements entre les cautions profanes , averties , intégrées disparaissent pour faire bénéficier à toute caution personne physique , qu'elle soit consommateur, dirigeante de société , de la même protection . Rien de surprenant dès lors que la mesure est intégrée dans le Code de la consommation sous l'intitulé consacré à l'endettement et loi sur l'initiative économique . En adoptant une notion large du consommateur<sup>776</sup> , le législateur veut aussi encourager les créations d'entreprises<sup>777</sup> .

La déception peut être grande pour ceux qui préconisent d'exclure du bénéfice de l'obligation d'information les cautions intégrées parfaitement renseignées des affaires du débiteur principal. Ils devront s'y faire car la Cour de Cassation est là pour faire respecter la règle et le fait savoir dans ses différents arrêts .

Aussi , tel qu'il présenté , l'article L.341-6 C.cons. , pourrait aisément constituer le droit commun en matière d'obligation annuelle due aux cautions . La nature du cautionnement n'a aucune importance . Simple , solidaire , défini ou indéfini , tous les cautionnements sont sous la coupe de la loi . Peu importe également que la sûreté soit donnée par acte sous seing privé

---

<sup>773</sup>S. Piedelièvre , Droit des sûretés , op.cit.

<sup>774</sup>Cass.1re civ. , 9 juillet 2009 , op.cit.

<sup>775</sup>Ph. Simler , obs. Sous Chambéry , 31 octobre 2006 , JCP 2007.I.158 , n°5 .

<sup>776</sup>Sur la notion , voir M. Defossez , « La notion de consommateur » , in Pratique du cautionnement et protection du consommateur , RD bancaire et fin. 2003 , p.247 .

<sup>777</sup>S. Piedelièvre , Droit des sûretés , op.cit.

ou par authentique , le créancier demeure tenu au respect de l'obligation d'information .

De fait , immédiatement nous vient à l'esprit le risque manifeste de doublons avec les lois antérieures et que dénoncent de nombreux auteurs<sup>778</sup>. En principe , le bon sens dicte , face à de telles superpositions législatives , d'abroger les textes devenus en conséquence inutiles . Or, il n'en est rien!. Transcendé par le « démon du bien » pour paraphraser un auteur<sup>779</sup>, le législateur a toujours tendance « à vouloir trop en faire » . C'est un peu comme si il voulait prouver le bien fondé des lois antérieures en en promulguant d'autres . Or , ces dernières donnent l'impression d'être élaborées dans la précipitation tant leur contenu est parfois imprécis . Les carences observées dans le domaine de l'obligation d'information sont saisissantes. Qu'il s'agisse de l'article L.313-22 du Code monétaire et financier, de l'article 2293 C. civ. , l'article L.341-6 du Code de la consommation , les objections ne manquent pas , notamment celle relative à la manière dont doit être communiquée l'information à la caution . Là encore , le législateur est bien silencieux . En effet, si le contenu informatif pose peu de problème puisque limitativement énuméré par les textes , la façon dont il est transmis à l'intéressé et la preuve qui en découle suscitent débat .

L'information annuelle est d'ordre public, et en ce sens la caution ne peut y renoncer. Dès lors , le créancier a tout intérêt à se soumettre aux exigences qui lui sont imposées s'il ne veut pas que le défaut d'information emporte de fâcheuses conséquences qui auraient pour effet pervers d'exonérer largement la caution de son engagement . De fait , il lui appartiendra de prouver qu'il a satisfait à cette formalité par tous les moyens<sup>780</sup> en démontrant que les informations référencées par la loi ont été parfaitement adressées à la caution<sup>781</sup> . A préciser que l'article 1315 alinéa 2 du Code civil fait état d'une double preuve ; celle du contenu de l'information<sup>782</sup>, mais également celle de son envoi en temps utile<sup>783</sup>. Sous quelle forme doit être transmise cette information? Le législateur fidèle à son mutisme , n'en dit pas un mot . Cette omission législative a été le fruit d'un important contentieux. C'est donc à la

---

<sup>778</sup>S. Piedelièvre , « La réforme de certains cautionnements par la loi du 1er août 2003 » , op.cit. ; F. Pasqualini , « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », préc.; B. Moreau , « Cautionnement : réflexion sur la loi du 1er août 2003 » , op.cit.

<sup>779</sup>Guy Rossi-Landi , « L'aveuglement politique » , Les Belles Lettres , 2002 .

<sup>780</sup>Ex. Cass.com. 17 juin 1997 ; Bull.civ. , IV, n°188 ; D.1998.208 , obs. J. Casey ; JCPE 1997.II. 1007, note D. Legeais ; RD bancaire et bourse 1997 , p.217

<sup>781</sup>Cass.com., 25 avril 2001 ; D.2001.1793, note Avena-Robardet ; JCPE. 2001, p.1279, note D. Legeais ; Cass.com., 17 oct. 2000 ; RD bancaire et fin. 2000 , p.221 , obs. D. Legeais ; Cass.com. , 11 avril 1995 ; D.1995.588 , note Y. Picod.

<sup>782</sup>Ex. Cass.1re civ. , 2 oct. 2002 ; Bull.civ. I, n°225 ; Cass.1re civ. , 17 nov.1998 , Bull.civ.I , n°321 .

<sup>783</sup>Cass.1er civ. , 17 nov. 1998 ; JCP1999, n°4 , p.116 .

jurisprudence d'apporter à nouveau sa contribution en tranchant la question . Aucune forme particulière n'étant requise<sup>784</sup>, le créancier peut aisément informer la caution en lui envoyant une simple lettre<sup>785</sup>. Il évident que l'envoi de l'information par lettre recommandée avec accusé de réception serait plus judicieux et permettrait audit créancier de se pré constituer une preuve intéressante et même « parfaite »<sup>786</sup>. Mais , bien qu'elle leur garantisse une certaine sécurité , le coût d'une telle opération dissuade fortement d'une manière générale les créanciers . Cet élément conforte les créanciers dans leurs choix en ne produisant dans certains cas qu'un listing<sup>787</sup>. Mais dans l'ensemble , malgré cette légère apparence de souplesse , la jurisprudence reste tout de même assez rigoureuse dans l'appréciation des preuves présentées par les créanciers puisque par exemples elle a déclaré irrecevable des relevés de compte<sup>788</sup> ou encore des tableaux d'amortissement<sup>789</sup>.

S'il doit prouver l'envoi des renseignements au garant , la jurisprudence considère toutefois que le créancier n'est nullement tenu de démontrer que « la caution a effectivement reçu l'information envoyée »<sup>790</sup>. Cette faveur faite aux créanciers doit alors contraindre toute caution affirmant n'avoir eu aucune information de rapporter la preuve contraire . Une chose bien délicate et aisée à produire . En outre , reconnaître la liberté de preuve entre une caution profane et un créancier professionnel engendre inexorablement un déséquilibre au détriment de la partie la plus faible . Pourquoi ne pas aller jusqu'au bout du processus de protection des cautions avec cette obligation légale de les informer en contraignant les créanciers de le faire par lettre recommandée avec accusé de réception ? Cela serait certainement bénéfique pour les deux parties . D'autant , rappelons-le que les frais de transmission du courrier sont généralement facturés par l'établissement de crédit au débiteur cautionné . D'ailleurs , cette facturation a fait l'objet de vives critiques , notamment par les associations de consommateurs

<sup>784</sup>Cass.com. , 25 avril 2001 , op. préc.

<sup>785</sup>Cass.com. , 17 juin 1997 , préc.

<sup>786</sup>CA Lyon , 3è Ch. A , 24 janv.2013 , n°11/08649 ; JurisData n°2013-008997 ; RD bancaire et fin. 2013 , 52 , obs. A. Cerles .

<sup>787</sup>Ex. CA Dijon , 10 mars 2005 ; JurisData n°2005-268189 ; CA Bordeaux , 8 déc. 2003 , JurisData n°2003-229686 ; CA Paris , 19 janvier 2001 ; JurisData n°2001-139821 .

<sup>788</sup>Cass.com. 5 oct. 1993 ; JCP 1993 .IV . 2524 , S. Piedelièvre .

<sup>789</sup>Metz , 15 mars 1991 ; RD bancaire et bourse 1992 , p.80 .

<sup>790</sup>Cass.com. , 2 juillet 2013 , n°12-18.143 ; Banque et Droit , n°151 , sept-oct. 2013 ; Cass.com. 3 févr.2009 , n°07-19423 , inédit , CCC . 2009 , n°147 , obs. G. Raymond ; Cass.1re civ. , 2 oct.2002 , n°01-03.921 ; Bull.civ. I , n°225 ; CCC.2003 , n°21 , note L. Leveneur ; Cass.com. 26 juin 2001 , n°98-13629 , inédit ; JCP.G. 2002 . II . 10043 , obs. F.X. Licari ; Cass.1re civ. , 25 novembre 1997 , n°96-10.527 ; Bull.civ. I , n°326 ; JCPE.1998 , p.1594 , note Ph. Simler ; RD bancaire et bourse 1998 , 9 , obs. F. Crédot et Y. Gérard ; Banque et droit novembre 1997 , obs. J-L. Guillot ; RTDciv.1998.155 , note P. Crocq ; RD bancaire et fin. 2000 , p.227 , obs. D. Legeais ; RTDcom. 1998.185 , note M. Cabrillac ; Gaz. Pal. , 20-22 déc.1998 , p.11 , note S. Piedelièvre ; Cass. com. 17 oct. 2000 ; n°97-18.746 ; Bull.civ.IV , n°154 ; JCPE 2001 , 1834 , obs. P. Bouteiller ; JCPE 2000 . 1656 , note Ph. Simler ; D.2001.698 , note L. Aynès ;



qui n'ont eu de cesse d'attirer les pouvoirs publics sur ce qu'ils considèrent être une aberration. La plupart du temps, les débiteurs ne sont même pas au courant de ces frais jusqu'au jour où ils découvrent avec stupeur une ligne « frais pour information à la caution » sur leur relevé de compte . Ils sont dès lors envahis par un effroyable sentiment d'incompréhension car l'envoi de la lettre d'information à leur caution n'est pas une prestation de service des établissements de crédit , mais bien une obligation légale imposée par les textes comme l'article L. 313-22 CMF . C'est donc en toute logique qu'ils pensent naïvement que les banques n'ont pas à leur tarifier ces interventions . Nombreux sont les témoignages sur la toile de personnes qui se plaignent de ces pratiques . Malheureusement , la loi n'indique déjà pas la manière dont doit être transmise l'information aux cautions , encore moins si celle-ci doit être gratuite.

L'escalier en pente douce que les débiteurs gravissaient prudemment , marche après marche, a débouché sur un trou béant provoqué par les créanciers qui usent et abusent de leurs prérogatives . Le fossé entre les clients et les banques se creuse alors en conséquence . Mais cette tension créée d'une certaine manière par les lacunes législatives n'a pas l'air d'inquiéter les politiques . Il faut croire que le sujet n'est pas suffisamment impérieux pour provoquer leur émoi . Excepté pour l'un d'entre eux qui s'est saisi du problème. Il s'agit de Monsieur Louis Souvet en 1996<sup>791</sup> qui interpelle le Ministre de l' Economie et des finances de l'époque sur les dérives commises en la matière par les banques. Il fustige les montants démesurés prélevés par les établissements de crédit pour les envois des lettres d'information aux cautions . Les pouvoirs publics n'ayant pas fixé de limites sur cette tarification , les banques agissent à leur guise . Pour s'en convaincre , nous pouvons nous rapporter au tableau comparatif dressé dans le blog « de la Banque et du patrimoine » en 2014 sur les frais annuels d'information aux cautions<sup>792</sup>. On observe effectivement des prélèvements exorbitants puisque pour la BNP Paribas , le Crédit Mutuel , la Société Générale , le Crédit Agricole , HSBC , les prix oscillent entre 43 euros et 57 euros par lettre et par caution informée . Seule la Caisse d'épargne semble avoir opté pour la gratuité de l'acte . On comprend mieux les cris d'orfraie des débiteurs , surtout si leur prêt s'étale sur plusieurs années . D'autant, que ces tarifs peuvent augmenter d'une année à l'autre . Une vraie aubaine pour les banques !

---

<sup>791</sup> (Doubs -UMP ) Question écrite n°16170 , publiée au J.O. Sénat du 20 juin 1996 , p.1491 .

<sup>792</sup>[Http://leblogdelabanqueetdupatrimoine.blogs](http://leblogdelabanqueetdupatrimoine.blogs).

La réponse du ministère de l'Economie à la question de Monsieur Souvet ne s'est pas faite longtemps attendre<sup>793</sup>. Le ministre prêche d'entrée en faveur des banques en mettant en avant l'importance des frais de recherche et de gestion qu'engendre l'envoi annuelle de l'information pour les établissements de crédit. A cela il ajoute que l'obligation légale ne doit pas être un frein à la liberté pour ces organismes de faire payer un service rendu à la caution. En conséquence, il prononce sans détour que l'Etat n'interviendra pas sur ce point, préférant ainsi privilégier « le principe de facturation de ces services, puisque celle-ci a comme corollaire le développement de la concurrence et la transparence des conditions de banque ». En clair, les intérêts économiques doivent l'emporter ! Mais 20 ans après sa réponse, les arguments avancés par le Ministre de l'Economie ne peuvent convaincre. Aujourd'hui, l'informatisation et l'automatisation des systèmes sont si performants que les recherches dont il est fait allusion par le ministre sont pratiquement inexistantes. Il ne reste aux établissements de crédit que, tout au plus à assumer les frais d'édition et d'affranchissements des courriers. En réalité, derrière les non-dits, c'est une pression latente du lobby bancaire qui règne en maître absolu et fait taire certaines initiatives des pouvoirs publics<sup>794</sup>. Face à « ce rouleau compresseur », les emprunteurs ne font pas le poids. Reste pour chacun d'entre eux de négocier avec sa banque ces frais d'envoi de l'information à leurs cautions, voire au pire des cas, de se tourner vers le médiateur de la banque pour tenter de trouver une issue favorable<sup>795</sup>.

En définitif, à qui profite réellement l'obligation d'information ? Un comble pour les débiteurs principaux qui sont finalement contraints de payer l'envoi des lettres d'information pour que les établissements de crédit soient assurés de toucher leurs intérêts auprès des cautions. Ce que nous venons d'esquisser à grands traits révèle une injustice qui fabrique trop de déçus et provoque l'indignation. Compte tenu des enjeux qui s'en dégagent, cette question mérite donc qu'on s'y penche plus sérieusement. En attendant, nous pensons qu'il serait normal, en raison des tarifs pratiqués par les établissements de crédit, que la caution reçoive au moins à son domicile l'information annuelle par lettre recommandée avec accusé de réception et non

---

<sup>793</sup>Réponse publiée dans le JO Sénat du 29 août 1996, p.2219.

<sup>794</sup>R. Lenglet et O. Vilain, « Un pouvoir sous influence », Edit. Armand Colin, 2011 ; Attac France, Basta, « Le livre noir des banques », édit. Les liens qui libèrent, 2015 ; C. Chavagneux et Th. Philipponnat, « La capture, où l'on verra comment les intérêts financiers ont pris le pas sur l'intérêt général et comment mettre fin à cette situation », éd. La Découverte, 2014 ; B. Lecherbonnier, « Les lobbies à l'assaut de l'Europe », édit. Albin Michel, 2007 ; J. Stauber, S. Rampton et R. Lenglet, « L'industrie du mensonge », édit. Agone, 2004 ; E. Eric, « Le lobbying : une imposture ? », édit. du Cherche-Midi, 2002 ; L. Lhardit, P. Orsatelli, « Lobbying, agir en stratégie ! », édit. La lettre du Cadre Territorial, dossier, décembre 2000 ; M. Clament, « Le lobbying et ses secrets, Guide des techniques d'influence », 3ème éd., Dunod, 2000.

<sup>795</sup><http://leblogdelabanqueetdupatrimoine.blogspot>

plus par simple lettre et qui aura sûrement plus d'impact auprès des intéressés. Il aurait été dès lors judicieux que le législateur soit plus pointilleux sur cet aspect .

Quant à la jurisprudence , elle n'a eu guère l'occasion de se prononcer sur le problème . Néanmoins , la Haute juridiction s'est récemment exprimée sur la question de savoir si le coût des frais d'information annuelle de la caution devait ou non être intégré au calcul du taux effectif global . Alors que les juges du fond étaient divisés sur la position à tenir en la matière<sup>796</sup>, la réponse de la Cour de cassation s'est faite sans détour au profit d'une dispense d'intégration des frais d'information annuelle de la caution dans le calcul du taux effectif global puisque lesdits frais n'apparaissent pas comme une condition nécessaire à l'octroi du prêt<sup>797</sup>. Cette approche peut paraître radicale à l'égard des emprunteurs mais saluée par la doctrine qui y voit une avancée dans le domaine du taux effectif global devenu un terrain propice au contentieux<sup>798</sup>. Les emprunteurs de mauvaise foi n'ont donc qu'à bien se tenir !

Autre question , autre doute . Jusqu'à quand les créanciers doivent-ils se soumettre à cette obligation d'information annuelle ? Là encore , la loi n'y fait nullement allusion . On va devoir alors extraire la réponse des arrêts de la Cour de cassation et comprendre rapidement que cette obligation doit perdurer « jusqu'à l'extinction de la dette garantie »<sup>799</sup>. Cette solution s'inscrit dans la logique que s'est assignée la Haute juridiction d'assurer jusqu'au bout une protection à la caution , y compris à ses héritiers qui peuvent également s'en prévaloir<sup>800</sup>.

---

<sup>796</sup>Il y a ainsi ceux qui sont pour l'intégration desdits frais dans l'assiette du taux global effectif au motif que « le coût de l'information annuelle des cautions était déterminé , ou à tout le moins déterminable , avec précision avant la conclusion du contrat de prêt » : ex. CA Poitiers , 2e ch. civ. , 19 juillet 2011 , n°10/03218 ; RD bancaire et fin. 2012 , p.3 , note F.J. Crédot . D'autres en revanche , excluent cette éventualité dans la mesure où ces frais ont pour origine une obligation légale ( ex. T. Com. Marseille , 11 avril 2013 , n°2011-F-04087 ; RD bancaire et fin. 2013 , p.148 ) et ne sont par ailleurs pas déterminables avant la conclusion du contrat dès lors que l'évolution des frais postaux est difficilement prévisible au cours du prêt ( ex. CA Grenoble , Ch. com. , 16 juin 2011 , n°10/00836 et 10/00838 ; JurisData n°2011-017379 et JurisData n°2011-017782 ; note sous RD bancaire et fin. - janv.-févr. 2015 , p.22 , obs. F.J. Crédot et T. Samin , préc. ) . Aux allégations avancées par ces derniers , vient en appui l'article L.313-1 C. cons. alinéa 2 selon lequel « pour l'application des articles L.312-4 et L.312-8 , les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis (...) ne sont pas compris dans le taux effectif global (...) lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat ».

<sup>797</sup>Cass.1re civ. , 15 oct. 2014 , n°13-19. 241 ; JurisData n°2014- 024337 ; RD bancaire et fin. , janv.-févr. 2015 , p.22 , note F.J. Crédot et T. Samin .

<sup>798</sup>Voir H. Synvet , D. 2014 , pan. p.2143 , col. 1.

<sup>799</sup>Ch. mixte 17 nov. 2006 ; RD bancaire et fin. 2007 , n°9 , obs. D. Legeais ; Banque et droit janv. -févr. 2007 , p.46 , note N. Rontchevsky ; JCP 2007.I.158 , n°3 , note Ph. Simler ; Defrénois 2007 art. 38567 , p.544 , obs. Ph. Théry : « Les établissements de crédit ayant accordé à une entreprise un concours financier , au sens de l'article L.313-22 du Code monétaire et financier , sous la condition d'un cautionnement , doivent se conformer aux prescriptions de ce texte jusqu'à l'extinction de la dette garantie ». Solution confirmée dans Cass.com. , 15 juin 2011 , n°10-19564 ; Gaz. Pal. 22 sept. 2011 , p.23 , note Ch. Albiges .

<sup>800</sup>Ex. Cass.com. , 9 décembre 1997 ; Bull.civ. n°323 ; Quotidien jurid. , 8 janvier 1998 , n°3 .

Aussi , le créancier ne peut se dérober derrière la détention d'un jugement condamnant la caution<sup>801</sup>, ni derrière l'ouverture d'une procédure collective du débiteur principal<sup>802</sup>, ni même en invoquant une assignation en paiement des sommes garanties<sup>803</sup> ou une mise en demeure , pour se soustraire à son devoir d'information auprès du garant ; ces faits n'ayant pas pour effet de suspendre ou d'éteindre cette obligation . Seul l'apurement total de la dette par le débiteur principal ou ladite caution pourrait le soulager d'une telle corvée .

Le maintien d'un lien informationnel durant toute la vie du cautionnement est nécessaire et même fondamental . Il contribue à instaurer l'équilibre contractuel tant recherché par le législateur et la jurisprudence . Cette protection maximaliste de la caution doit encourager à davantage de bonne foi dans les rapports contractuels . Les créanciers sont dès lors invités à s'assurer que la caution soit parfaitement informée annuellement de l'évolution de la créance qu'elle a garanti . La connaissance par la caution de l'état de la dette lui permettra certainement d'être beaucoup plus réactive et ainsi éviter le pire .

Peint de la sorte, le tableau est lumineux. Mais, c'était sans compter sur les lourds coups de pinceaux apportés par le législateur qui viennent assombrir la toile. Le morcellement des lois et les incertitudes qui en découlent font naître dans les esprits la confusion, notamment au niveau des sanctions attachées au défaut d'information (§2).

## **§2) L'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR L'INFORMATION ANNUELLE MENACEE PAR LA DIVERSITE DES SANCTIONS**

Et " le ver était dans le fruit" . Là où la juxtaposition des textes se rapportant à l'information annuelle de la caution soulève le plus d' inquiétudes , c'est indéniablement au stade des sanctions qu'ils prévoient . D'une loi à l'autre , la sanction légale appliquée au créancier en cas de manquement à son obligation d'information diffère , mettant inexorablement en péril leur effectivité (A) . Quid du cumul des sanctions ? En sus de la déchéance des intérêts , la caution

---

<sup>801</sup>Ex. Cass.com. , 11 oct. 2011 , pourvoi n°10-25862 ; Cass.civ. , 4 juill. 2007 , pourvoi n°06-11910 .

<sup>802</sup>Cass.com. 11 oct. 2011 , n°10-25862 ; Cass.com. 16 nov. 2010 , n°09-71935 ; RD bancaire et fin. 2011 , p.51 , note N. Rontchevsky ; Gaz. Pal. 31 mars 2010 , p.17 , obs. M-D. Dumont-Lefrand ;

<sup>803</sup>Ex. Cass.com.25 avril 2001 ; RTDcom. 2002 , 143, obs. M. Cabrillac ; JurisData n°2001-011573 ; JCPE 2001, 1277 ; note D. Legeais ; Cass.lre civ. , 6 novembre 2001 ; JCP E 2001 , 1982 ; RD bancaire et fin. 2002 , 8 , obs. D. Legeais ; Cass.lre civ. , 30 mars 1994 ; JCP E .1994 ,761 ; Cass.com. , 25 mai 1993 , Bull.civ. n°103 .

peut-elle engager la responsabilité civile du débiteur de l'information pour le préjudice qu'elle a subi ? Cette manne jurisprudentielle ne viendra-t-elle pas parasiter le cautionnement ? Faisant preuve de réalisme, la jurisprudence sollicitée sur ces points, semble n'exclure aucune possibilité (B).

### **A) LA DECHEANCE PARTIELLE : UNE SANCTION LEGALE PEU DISSUASIVE**

Devenue un principe général , on pouvait légitimement croire en l'intangibilité de l'obligation d'information annuelle . Pourtant , certains créanciers s'en affranchissent . Est-ce en raison des sanctions qui leur sont infligées ? Sont-elles suffisamment sévères pour les inquiéter ? Il faut dire que l'absence de lisibilité dans ce corps de règles ne simplifie pas les choses . Aujourd'hui, c'est donc, comme nous venons de le voir , pas moins de quatre lois qui organisent la sanction de l'omission de l'information annuelle due aux cautions . Quand certaines se distinguent par leur relatif effet, d'autres en revanche s'appliquent à davantage de rigueur à l'égard des créanciers défaillants.

Référons nous tout d'abord à ce qui a été en la matière le modèle pour les autres , l'article L.313-22 du Code monétaire et financier . Ayant fortement inspiré les mesures qui le suivront , on s'attend logiquement à ce qu'il propose une sanction à la hauteur de toutes les espérances . Pourtant , au fil de son étude , on se rend compte que cette loi est loin d'être satisfaisante , y compris dans sa sanction . Rappelons que l'article L.313-22 CMF met à la charge « des établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise , sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale , sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts , commissions , frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant à la caution , ainsi que le terme de cet engagement . Si l'engagement est à durée indéterminée , ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée .

Le défaut d'accomplissement de cette formalité emporte , dans les rapports entre la caution et l'établissement de crédit , déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information » .

Ainsi, la loi prive la banque des intérêts durant toute la période où la caution n'a pas été informée. Une sanction limitée dans le temps, puisque la déchéance desdits intérêts prend fin avec la communication par l'établissement de crédit de la nouvelle information. A préciser que la déchéance prévue ne s'applique qu'aux intérêts et nullement aux frais et accessoires comme les commissions<sup>804</sup>. La déchéance est un procédé plutôt original et intéressant qui prive l'intéressé d'un droit qui peut s'avérer être déstabilisant puisqu'au regard du concours financier octroyé, les intérêts perdus peuvent aboutir à une somme non-négligeable que l'établissement de crédit ne pourra pas réclamer à la caution. La sanction constitue une sorte de « peine privée forfaitaire »<sup>805</sup> qui doit en principe faire réagir les créanciers.

Ce fut le cas, puisque pour contrecarrer les risques soulevés, les créanciers ont trouvé une parade leur permettant de contourner la sanction qui les vise. Pour ce faire, ils s'appuient sur l'article 1254 du Code civil qui énonce que « le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par référence aux arrérages ou intérêts : le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts ». Dès lors, sur cette base légale, les créanciers vont imputer tout versement reçu du débiteur sur les accessoires de la dette et non sur le principal, rendant ainsi inopérante la sanction de l'article L.313-22 CMF. Vidée de sa substance, la déchéance dont s'exposent les débiteurs de l'information, est alors réduite à peu de chagrin<sup>806</sup>.

Aussi, pour remédier au problème, le législateur va, par le biais de la loi n°99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière<sup>807</sup>, ajouter à l'article L.313-22 CMF une précision de taille destinée à restaurer l'efficacité de la déchéance des intérêts. Le nouvel alinéa 2 vient préciser que « les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette ». En élaborant cette règle dérogatoire d'imputation des paiements, le législateur coupe l'herbe sous les pieds des créanciers et renforce la protection des cautions.

---

<sup>804</sup>Ex. CA Paris, 24 avril 1998 ; JurisData n°1998-021555 ; Paris, 7 février 2008 ; JCP.2008.I.152, note Ph. Simler.

<sup>805</sup>M.L. Martin, « L'information de la caution- Aspects du droit privé en fin du XX<sup>e</sup> siècle » ; Etudes en l'honneur de M. Juglart, op. cit.

<sup>806</sup>Y. Picod, « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprises », op. cit.

<sup>807</sup>Art.114 de ladite loi.

De fait , par l'interprétation de cette affectation , si le principal est largement amorti , voire totalement réglé , la banque se trouvera dans une situation délicate puisque déchu du droit aux intérêts conventionnels à l'égard de la caution pour la période où elle n'a pas été informée . Un bon point pour la caution qui pourra espérer être largement déchargée de son obligation . Cette mesure appelle donc les établissements de crédit à la plus grande diligence pour honorer leur devoir de loyauté envers leur cocontractant .

Nous pourrions nous en tenir là et dire que la réparation forfaitaire offerte par l'article L.313-22 CMF est suffisante pour couvrir le manque d'information dont a souffert la caution . En effet , « l'interdiction de réclamer les intérêts qui constituent les ressources du banquier constituerait une sanction suffisamment sévère pour ne pas ajouter la perte totale ou partielle de la créance contre la caution » . En outre , l'application d'un tel dédommagement épargne la caution de la difficulté d'apporter la preuve d'un préjudice . Un avantage indéniable<sup>808</sup> , notamment pour la caution dirigeante qui , malgré sa position et son degré de connaissance sur l'état de la dette de la société et les informations sous-jacentes liées au terme et à la faculté de résiliation , va pouvoir mettre en cause le comportement du créancier qui s'est abstenu de lui transmettre les renseignements requis par l'article L.313-22 CMF et ainsi prétendre aux bénéfices découlant de sa sanction<sup>809</sup> .

Mais qu'en est-il si la caution , par l'omission du créancier , a été privée de l'opportunité de résilier son engagement au moment propice ? Dans ce cas , la déchéance des intérêts est-elle à la hauteur du préjudice subi ? . Selon certains auteurs , il est permis d'en douter<sup>810</sup> . Du côté de la jurisprudence , sa position n'est pas totalement tranchée . Nous verrons dans la partie consacrée au cumul des sanctions qu'elles sont donc les possibilités qui sont données à la caution pour combler les insuffisances de la sanction légale .

Passons maintenant à la sanction prévue par l'article 2293 al. 2 du Code civil si le créancier ne se plie pas à son obligation d'information annuelle . C'est toujours la déchéance , mais l'étendue est plus importante . En effet , celle-ci ne porte plus uniquement sur les seuls intérêts

---

<sup>808</sup>J. Djoudi , préc.

<sup>809</sup>Ex. Cass.com. , 25 mai 1993 ; D.1994 , p.177 , obs. J. Ngafaounain ; Dr. sociétés 1993 , p.155 , note Th. Bonneau ; JCP G 1993 , II , 22147 , obs. H. Croze .

<sup>810</sup>P. Crocq , observation sous Cass.com. , 25 avril 2001 ; RTDciv. 2001 , p.922 ; Ph. Simler , D.2003 , p.342 : « Voilà donc une violation de la loi , qui aura pu priver la caution d'une chance de résilier son engagement en temps utile , qui ne donnera lieu à aucune réparation , hormis la déchéance des intérêts , sanction qui peut ne pas être à la mesure du préjudice ».

, elle s'étend à « tous les accessoires de la dette , frais et pénalités » , et cela sans limite dans le temps . Une sanction nettement plus sévère que l'article L.313-22 CMF<sup>811</sup>. Le particulier se voit alors plus lourdement réprimé que le professionnel . Un contraste qui nécessite un ajustement car , c'est bien évidemment chez les créanciers non-professionnels que les défauts à l'obligation d'information sont le plus à déplorer . C'est aussi pourquoi ils doivent peut-être jouir d'une plus grande bienveillance de la part du législateur et du juge , « leurs manquements étant plus excusables »<sup>812</sup> .

L'article 2293 C.civ. propose une solution radicale pour laquelle certains auteurs suggèrent un raisonnement par analogie avec la disposition de l'article L.313-22 CMF et de limiter la déchéance aux intérêts échus depuis la date à laquelle l'information aurait du intervenir<sup>813</sup>. Mais une telle pratique serait pour le moins déroutante et même contra legem . D'autres auteurs , comme Monsieur Simler , prônent quant à eux que la déchéance ne porte que sur les intérêts qui n'ont pas encore été acquittés<sup>814</sup>.

S'agissant enfin de la sanction de l'article L.341-6 du Code de la consommation , c'est également sans surprise une déchéance qui est énoncée , mais cette fois , le créancier ne pourra se prévaloir « des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information ». Il convient de rappeler que cette disposition est entrée en vigueur le 5 février 2004 . Cette précision a son importance car la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt du 13 février 2007<sup>815</sup> que seules les situations consommées après le 5 février 2004 peuvent prétendre à la déchéance des intérêts prévue par la loi . Concernant les contrats en cours d'exécution , ces derniers peuvent être soumis au nouveau texte , néanmoins ils nécessiteront une mise en oeuvre particulière , fondamentalement postérieure à son entrée en vigueur .

Lorsqu'on observe la sanction de l'article L.341-6 C. cons. , on est frappé par sa légèreté . En effet, par rapport à l'article 2293 C. civ. qui édicte une déchéance considérable touchant à tous les accessoires de la dette , frais et pénalités , la disposition consumériste paraît moins convaincante . D'autant que cette dernière ne prévoit qu'une simple perte des pénalités ou

---

<sup>811</sup>G. Biardeaud et Ph. Flores, « Information annuelle de la caution et article 2293 du Code civil »; op.cit.

<sup>812</sup>D. Legeais, « La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », op. cit.

<sup>813</sup>P. Crocq , op. cit.

<sup>814</sup>Ph. Simler , préc.

<sup>815</sup>Cass.com. , 13 févr. 2007 ; JCP.2007.I. 158 , n°4 , note Ph. Simler .



intérêts de retard ayant couru durant la période où la caution ne s'est pas vue délivrer l'information . Or, si l'on s'en tient aux intérêts de retard , ces derniers sont attachés aux impayés . Le dilemme est que , si on recourt à une interprétation stricte de cette notion , et que durant la période concernée aucun impayé n'a été constaté , toute sanction pour manquement à l'obligation d'information serait pure illusion<sup>816</sup> .

En outre , si on la compare au texte qui lui a servi d'exemple , elle pêche encore en rigueur . Effectivement , si le législateur a pris soin d'adapter l'article L.313-22 CMF pour le rendre plus efficace en élaborant en son alinéa 2 la règle relative à l'imputation des paiements effectués par le débiteur sur le principal de la dette cautionnée , il n'a malheureusement pas eu la même clairvoyance avec la loi de 2003 . Or , nous savons que la déchéance des intérêts n'est réellement pertinente que s'il y encore des intérêts à payer . En l'état , l'article L.341-6 C. cons. laisse une grande porte ouverte aux créanciers qui pourront s'en tenir aux règles d'imputation de l'article 1254 C.civ. qui donne peu d'espoir aux cautions quant aux dits intérêts<sup>817</sup> . Une aubaine pour les créanciers qui , grâce à l'imprécision du texte pourront revendiquer l'application du droit commun leur permettant d'imputer prioritairement les paiements du débiteur principal sur le remboursement des intérêts . On mesure immédiatement l'effet néfaste d'une telle régression . Moins protectrice des intérêts de la caution , la sanction consumériste perd fondamentalement en efficacité<sup>818</sup> . Reste donc au législateur d'ajuster la disposition pour la rendre plus dissuasive comme il l'avait fait jadis avec celle du Code monétaire et financier .

Elément primordial , la déchéance mise en avant par les divers textes que nous venons d'étudier ne s'applique pas de plein droit . Par conséquent , pour pouvoir y prétendre , la caution doit en faire expressément la demande . Le juge , ne pouvant statuer *ultra petita* , se limitera à ce qui a été soulevé par les parties<sup>819</sup> .

La question de la sanction du défaut d'information est délicate mais au combien cruciale. Elle permet de mesurer concrètement le degré d'effectivité d'une disposition législative . Les différentes sanctions forfaitaires soulevées précédemment à travers les articles L.313-22 CMF, l'article 2293 C.civ. , ou encore l'article L.341-6 du C.cons. nous ont démontré toutes les

---

<sup>816</sup>Voir G. Biardeaud et Ph. Flores , op. cit.

<sup>817</sup>Y. Picod , op. cit.

<sup>818</sup>D. Legeais , Droit des sûretés , op. cit.

<sup>819</sup>V. Cass.com. 20 juin 2006 , Bull.civ.IV, n°148 ; D.2006 . AJ. 1886 , note V. Avena-Robardet .

subtilités de la déchéance proposée<sup>820</sup>. Déchu de la couverture des intérêts pour la période où il a failli à son devoir d'information envers la caution, le créancier peut vite se retrouver dans une position inconfortable. Parallèlement, la mesure peut redonner au contraire le sourire à la caution non informée qui peut voir le poids de sa dette fondre comme neige au soleil.

Mais les sanctions ne révèlent leur pertinence que si elles parviennent à complètement conforter la victime dans la réparation du préjudice subi. Or, la déchéance se veut être « une réponse proportionnée au manquement constaté »<sup>821</sup>, « elle ne prive ni en deçà, ni au-delà de ce que le manquement fautif appelle »<sup>822</sup>. C'est peut-être là le problème, puisque la sanction du créancier par la déchéance partielle peut parfois paraître inadaptée par rapport aux conséquences qu'elle a occasionné l'inexécution de l'obligation légale sur la caution, en particulier dans le cas où elle a été privée d'exercer son droit de révocation dans les meilleures conditions. Dès lors, comment remédier à l'insuffisance des sanctions légales ? Les pistes explorées demeurent celles du cumul des sanctions, notamment avec la responsabilité de droit commun. Qu'en est-il réellement ? (B).

## **B) UNE SOLUTION D'EXCEPTION : LE CUMUL DES SANCTIONS**

Deux possibilités sont envisageables, soit le cumul des sanctions légales entre elles, soit le cumul d'une sanction légale avec l'octroi de dommages et intérêts au titre la responsabilité du créancier.

Pour la première hypothèse, il faut nous remettre dans le contexte législatif qui encadre l'information annuelle. En effet, les articles L.313-22 CMF, l'article 2293 C.civ. et L.341-6 C.cons. ont des champs d'application qui se chevauchent. Partant de là, on pourrait imaginer que la caution puisse invoquer un article plutôt qu'un autre, voire pourquoi pas en cumuler les effets. Prenons par exemple dans un cas d'espèce dans lequel deux textes sont applicables, en l'occurrence l'article L.313-22 CMF et l'article 2293 C.civ. La raison voudrait que la caution ait le choix entre ses deux dispositions en privilégiant bien évidemment celle qui frappe le

---

<sup>820</sup>O. Sautel, Sur la déchéance en droit privé, D. 1999, p.487 et svt. ; S. Marnierre, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », RTDC 1933, p.1037

<sup>821</sup>I. Yankoba Ndiaye, « La transparence lors de l'exécution du cautionnement », RSDA, n°5, 2007, p.61.

<sup>822</sup>O. Sautel, op. cit.

créancier d'une sanction à la hauteur de ses espérances . Souvenons-nous que l'art. 2293 C.civ. qui réprime le débiteur de l'information non diligent de la perte de « tous les accessoires de la dette , frais et pénalités » est assurément plus sévère que l'article L.313-22 CMF qui n'assure à la caution que la déchéance des intérêts échus depuis la dernière information jusqu'à la nouvelle . Une maigre consolation qui pousse au questionnement . Pourquoi les créanciers non-professionnels devraient-ils se voir infliger une sanction plus lourde que celle réservée aux créanciers professionnels soumis à l'art. L.313-22 CMF ? Une incompréhension qui nous semble injustifiée . D'autant que , comme nous l'avons évoqué plus haut , les particuliers sont plus exposés au risque de méconnaissance de leur devoir d'information à l'égard de leurs cautions . En cela , dans une affaire où deux fondements sont possibles , le choix du texte législatif serait un élément majeur dans la protection maximale de la caution .

Quid du cumul entre les sanctions légales ? Dans cette hypothèse , nous prendrons l'exemple de l'article L.313-22 CMF avec cette fois l'article l'art. L.341-6 C.cons. . En combinant les deux sanctions, on pourrait se dire que la protection de la caution est alors assurée. On le concède mais, en pratique ce n'est pas si simple . Aussi , certains auteurs réfutent ce cumul des sanctions et préfèrent s'en tenir à l'application de la disposition consumériste résultant d'un texte général qui selon eux doit prévaloir . Pour notre part , nous nous prononcerons davantage en faveur de la démarche qui nous semble la plus cohérente et la moins complexe; celle qui reposerait sur le choix de l'article et donc de la sanction qui pourrait être laissée à la caution plutôt que sur le cumul des sanctions . Concrètement , entre l'article L.341-6 C.cons. et L.313-22 CMF, il faudrait que la caution puisse choisir ce dernier fondement qui lui sera beaucoup plus bénéfique en raison de son alinéa 2 qui impute les paiements effectués par le débiteur principal prioritairement sur le principal.

Un autre palliatif à l'insuffisance des sanctions légales pourrait être soulevé , celui du cumul de la déchéance avec la responsabilité de droit commun . Si depuis quelques années le droit de la responsabilité a le vent en poupe<sup>823</sup>, y compris dans le cautionnement , on s'est tout de même posé la question de savoir si ce cumul était possible et surtout opportun . Entre ceux qui

---

<sup>823</sup>P. Le Tourneau et L. Cadet , « Droit de la responsabilité et des contrats » , Dalloz Action , 2002-2003 , n°2456 ; G. Viney et P. Jourdain , « Les effets de la responsabilité » , LGDJ , 2è. éd. 2001 , n°335 ; M.N. Jobard-Bachelier et V. Bremond , « De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants » , RTDcom. 1999 , 327 et svt. ; F. Pollaud-Dullian , « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires » , RTDcom.1997 , 349 .

le proclament et ceux qui le dénoncent , le débat fait rage<sup>824</sup>. C'est donc à la jurisprudence de revêtir son habit d'arbitre et de trancher sur ce point . Elle le fera mais après quelques hésitations .

En effet , si durant un temps on avait pu croire que la sanction légale de l'inexécution de l'obligation d'information était exclusive de l'octroi des dommages et intérêts , la Haute juridiction a laissé entrevoir une lumière d'espoir aux cautions en leur reconnaissant en plus le droit d'engager la responsabilité civile du créancier dans un arrêt du 20 octobre 1992<sup>825</sup>. Un élan de générosité à l'égard des cautions qu'elle réitérera par la suite<sup>826</sup>. Par sa formule , la Chambre commerciale ne laisse planer aucun doute et énonce que « la sanction de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 en ce qui concerne l'obligation d'information de la banque s'ajoute à la sanction de droit commun » . Une bouffée d'air pour les cautions qui , « faute d'obtenir un désengagement au moment où elles sont rappelées à leurs obligations , peuvent toujours trouver dans la responsabilité civile une planche de salut pour échapper par compensation à une dette garantie devenue plus lourde »<sup>827</sup>. Une véritable aubaine pour ces cautions qui endossent à merveille « leur costume de victimes » qui n'a pas laissé de marbre la Cour de cassation .

Toutefois , pour obtenir satisfaction , les cautions doivent se soumettre aux règles de la responsabilité civile qui impliquent que ces dernières apportent la preuve du préjudice qu'elles ont subi et démontrer le lien de causalité entre la faute qu'elles reprochent aux créanciers et ledit préjudice . L'exercice s'annonce d'ores et déjà périlleux quand on connaît les obstacles pouvant se dresser sur son chemin . Mais l'enjeu en vaut la chandelle , surtout pour ces cautions prêtent à tout pour fuir leurs obligations . S'agissant du préjudice , il résulte pour la caution en « la perte d'une chance pour elle de ne pas être poursuivie ». En cela , l'absence d'information par le créancier l'a privé de la possibilité de ne pas rembourser une partie du passif . De fait , il appartient à la caution de démontrer que la faute découlant de cette

---

<sup>824</sup>« Un débat théorique épineux où le juste le dispute à l'utile et la cohérence du droit à l'émiettement du régime du cautionnement » : D.R. Martin , obs. Sous Cass.com. , 25 avril 2001 et sous Cass.Ire civ. , 6 nov. 2001 , D.2003 , p.342 .

<sup>825</sup>Cass.com. , 20 octobre 1992 , Bull.civ. 1992 , IV, n°311; D.1994 , p.177 , obs. J. Ngafaounain ; RTDciv. 1993 , p.117 , obs. J. Mestre ; JCP E 1993 , II , 390 , note D. Legeais ; Rev. sociétés 1993 , p.417 , note Ph. Delebecq ; RTDcom. 1993 , p.146 , note M. Cabrillac et B. Teyssié .

<sup>826</sup>Cass.com. , 8 déc. 1998 , Dr. et patrimoine 1999 , p.102 , note B. Saint-Alary ; JCP G 1999 , I , 116 , note Ph. Simler ; Cass.com. 17 oct. 2000 , RD bancaire et fin. 2000 , obs. D. Legeais ; D. 2001 , p.698 , note L. Aynès ; Cass.Ire civ. , 10 décembre 2002 , RD bancaire et fin. 2003 , p.68 , obs. D. Legeais .

omission lui a causé un tort et que , si elle avait été informée dans les délais et les conditions exigés par la loi , elle aurait certainement usé de son droit de résiliation et ainsi limiter les conséquences néfastes sur la dette<sup>828</sup> . L'acceptation par les juges de cumuler la déchéance des intérêts et l'octroi de dommages et intérêts permet à la caution qui a vu ses chances d'être tenue au cautionnement multipliées par la faute du créancier de s'en sortir avec une dette moindre . Le préjudice particulier correspondrait alors à l'augmentation du passif observée depuis la dernière information délivrée à la caution jusqu'à la nouvelle<sup>829</sup> .

Néanmoins , cette période de réjouissance sera de courte durée pour les cautions puisque la Cour de cassation viendra assortir cette sanction d'exception de tempéraments . En effet , le vent tourne et l'audacieux pas franchi avec cette combinaison du droit spécial et du droit commun trouvera dans la récente jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation une vision moins angélique.

La Haute juridiction prend un virage inattendu mais souhaité par certains auteurs<sup>830</sup> dans un arrêt très commenté en date du 25 avril 2001<sup>831</sup> dans lequel elle affirme que l'obligation légale d'information ne peut être sanctionnée que par la déchéance des intérêts sauf en cas de faute lourde ou dol commis par le créancier . Le revirement opéré par la Chambre commerciale et confirmé<sup>832</sup> aura l'effet d'une douche froide pour les cautions qui voient dans ce recadrage jurisprudentiel un frein important à leurs prétentions<sup>833</sup> . Une épine dans le pied qui va lourdement entraver leurs actions contre le débiteur de l'information . Car le dol qui repose sur une intention manifeste du créancier de nuire à la caution en n'attirant pas son attention sur l'évolution de la dette garantie et sur son droit de résiliation , ou la faute lourde dont il est question et qui se caractérise par des agissements répétés du créancier fautif dans son

---

<sup>828</sup>Cass.1re civ. , 4 février 2003 , JCP G . II . 10152 , note L. De Gentili-Picard .

<sup>829</sup>Sur ce point voir D. Legeais , op. préc.

<sup>830</sup>Des auteurs comme Mr M. Cabrillac ou Mr. Ch. Mouly qui ont dénoncé les effets pervers d'une trop grande largesse des juges à l'égard des cautions ,op.cit.

<sup>831</sup>Cass.com. , 25 avril 2001 , Bull.civ. 2001 , IV , n°75; RD bancaire et fin. 2001 , p.251 , obs. D. Legeais ; D.2001 , 1793 , obs. A. Robardet ; JCP E 2001 , p.1276 , note D. Legeais ; Defrénois 2001 , art.37439 , p.1407 , obs. V. Bremond ; RTDcom. 2001 , 751 , obs. M. Cabrillac ; Banque et droit oct. 2001 , 74 , note J-L. Guillot ; RTDciv. 2001 , p.922 , obs. P. Crocq et M. Bandrac ; Dr. sociétés août-septembre 2001 , 125 , note T. Bonneau ; Banque et droit sept.-oct. 2001 , 41 , note F. Jacob ; Dr. et procédure sept-2001 , 3001 , obs. Y. Picod; JCP G 2002 , 120 , n°4 , note Ph. Simler ; Banque Magazine oct. 2001 , p.74 , obs. J-L. Guillot ; Defrénois 2002 , p.1086 , note Ph. Théry ; D.2003 , p.342 , 1re esp. , obs. D.R. Martin .

<sup>832</sup>Ex. Cass.com. , 15 oct. 2013 , n°12-25-523 : JurisData n°2013-022889 ; RD bancaire et fin. 2014 , p.46 , obs. D. Legeais .

<sup>833</sup>D. Legeais , « L'obligation annuelle d'information de la caution : le revirement de la Cour de cassation » , RD bancaire et fin. 2001 , n°4 , p.251 .

omission et qui révèlent sa gravité<sup>834</sup>, ne seront retenus qu'après une analyse stricte des juges des éléments qui leur seront soumis<sup>835</sup>. Autant dire que la partie est loin d'être gagnée pour ces garants, pour qui il sera extrêmement difficile d'apporter la preuve du dol<sup>836</sup> ou de la faute lourde<sup>837</sup>, notamment en raison de la simplicité de l'exécution de l'information et du fait surtout que la bonne foi du créancier est présumée.

Après l'annonce « fracassante » de la Chambre commerciale vient au tour de la Chambre civile de donner sa position sur le cumul de la déchéance des intérêts avec la responsabilité de droit commun. Cette dernière reprend le même principe que celui de la Chambre commerciale mais en lui greffant d'autres limites. Son analyse se fait en deux temps. Elle commence dans une décision du 6 novembre 2001 dans laquelle la première Chambre civile précise que « l'omission des informations prévues par l'article L.313-22 CMF ne peut à elle seule, être sanctionnée que par la déchéance des intérêts »<sup>838</sup>. Ce qui nous interpelle d'emblée dans cet attendu c'est le « à elle seule ». La formule sème le trouble dans les esprits. Cela signifie t-il que le simple défaut d'information ne donnerait lieu qu'à la déchéance des intérêts et exclue de fait tout recours à la responsabilité civile de droit commun ? Pour pouvoir prétendre à des dommages et intérêts en sus de la sanction légale, il faudrait donc que la caution rapporte l'existence d'un « comportement indépendant ou extérieur à l'inexécution de l'obligation légale d'information »<sup>839</sup>.

D'un autre côté, l'absence des termes de dol ou faute lourde peuvent au contraire laisser penser que la simple négligence commise par le créancier et ayant provoqué un préjudice résultant de la perte de chance pour la caution d'utiliser à temps son droit de résiliation rend possible l'obtention de dommages et intérêts à titre de réparation<sup>840</sup>. Et si tout simplement, l'analyse de la Chambre civile rejoint celle adoptée par la Chambre commerciale et qui consiste à restreindre le recours à la responsabilité civile. Difficile de saisir les intentions

---

<sup>834</sup>Et qui la distinguera de la faute simple

<sup>835</sup>Sur la charge de la preuve : Cass.1re civ., 4 février 2003 ; JCP E 2003, 1469, obs. C. Gentil-Picard.

<sup>836</sup>Ex. CA Versailles, 9 nov. 1995, D.1996, p.17.

<sup>837</sup>V. D. Legeais, obs. Sous Cass.1re civ., 6 nov. 2001, RD bancaire et fin. 2002, n°1, p.15 ; JCP E 2001, p.1278, D. Legeais ; J. Djoudi, op. préc. ; Y. Picod, « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise », op. cit.

<sup>838</sup>Cass.1re civ., 6 novembre 2001 ; RD bancaire et fin. 2002, p.8, note D. Legeais ; D.2001, p.3615, obs. V. Avena-Robardet ; JCP E 2001, 922, obs. Y. Picod ; RTDcom. 2002, p.143, obs. M. Cabrillac ; Banque et droit, n°81, p. 38, note Rontchevsky et F. Jacob ; Defrénois 2002, art. 37527, obs. V. Brémond ; RTDcom. 2002, p.320, obs. D. Danet et C. Champaud.

<sup>839</sup>J. Djoudi, op. cit. ; voir également D. Legeais, op.préc. ; V. Brémond, op. préc.

<sup>840</sup>D. Danet et C. Champaud, op. préc.

réelles de la Haute juridiction . Le flou juridique généré par son attendu imposait dès lors une clarification de sa part .

Elle apportera cet éclairage lorsqu'elle énonça dans une affaire que « l'omission des informations prévues par l'article L.313-22 CMF ne , sauf dol ou faute distincte , être sanctionnée que par la déchéance des intérêts »<sup>841</sup>. Les termes utilisés témoignent d'un net rapprochement de ceux exprimés par la Chambre commerciale dans son arrêt du 25 avril 2001<sup>842</sup> , à la différence que la Chambre civile ne fait plus référence à la faute lourde mais à une faute distincte . Nous attendions une décision claire , sans doute possible . Malheureusement , la déception demeure grande face à une jurisprudence toujours aussi hésitante . Nous voilà dès lors confrontés à une nouvelle ambiguïté reposant cette fois sur « la faute distincte » .

L'expression « faute distincte » suppose que le défaut d'information s'accompagne nécessairement d'autre manquement commis par le créancier envers la caution . Il lui aurait donc causé un préjudice spécifique , l'absence d'information devant alors une circonstance aggravante de la responsabilité du créancier<sup>843</sup> . Prise littéralement , la formule s'aligne sur la rigueur adoptée à l'égard des cautions par la Chambre commerciale<sup>844</sup>.

Néanmoins , on veut croire que par le recours à « la faute distincte » beaucoup moins oppressante , contraignante que « la faute lourde » , la Chambre civile laisse les portes de la responsabilité plus ouvertes et même s'inscrit dans la voie du cumul des sanctions<sup>845</sup> empruntée jadis par la Chambre commerciale<sup>846</sup> avant d'y renoncer. Cet optimisme doit toutefois être modeste car il est loin de faire l'unanimité .

A y regarder de plus près , les attendus des deux Chambres de la Cour de cassation se veulent fidèles à la démarche du législateur qui , par le mécanisme de la déchéance des intérêts instaure implicitement une clause limitative de responsabilité du créancier<sup>847</sup> . Il faut se rendre

---

<sup>841</sup>Cass.1ère civ. , 4 février 2003 ; D. 2003 , p.1284 , note V. Brémond ; JCP E 2003 , p.1469 , obs. C. Gentil-Picard ; Cass.1ère civ. , 10 déc. 2002 , RDC 2003 , 179 , obs. D. Houtcieff .

<sup>842</sup>op.cit.

<sup>843</sup>D. Legeais , Droit des sûretés , op. cit.

<sup>844</sup>D. Arlie , « La responsabilité du banquier : une voie étroite de libération pour la caution » , Les Petites Affiches , 24 sept. 2002 , p.4 .

<sup>845</sup>J. Djoudi , op. préc.

<sup>846</sup>Cass.com. , 20 oct. 1992 , op. cit. ; Cass.com. , 8 déc. 1998 , op. cit.

<sup>847</sup>D. Legeais , op. préc. ; V. Brémond , obs. Sur Cass.com. 25 avril 2001 , préc. ; F. Pollaud-Dullian , « De

à l'évidence , la caution non informée devra se contenter de la sanction forfaitaire posée par la loi , jugée suffisante et proportionnée au préjudice occasionné . Sauf que , cette interprétation a ses limites car la déchéance des intérêts employée doit au sens de sa définition sanctionner un comportement fautif et n'est point la réparation d'un préjudice<sup>848</sup> . Mais cette nuance ne semble nullement troubler le législateur qui utilise ce mécanisme de façon récurrente .

Ainsi , seuls le dol , la faute lourde ou la faute distincte pourraient mettre en échec cette clause limitative de responsabilité du créancier . La réparation complémentaire à laquelle pourrait prétendre la caution répond donc à des comportements exceptionnels du créancier et doit de ce fait demeurer exceptionnelle . Tirillée entre « le juste » et « l'utile »<sup>849</sup>, la jurisprudence a fait le choix du compromis . Protéger la caution oui , mais pas à n'importe quel prix . On doit trouver un juste équilibre entre les considérations sociales et les considérations économiques . L'ouverture vers la responsabilité civile ne doit pas être l'occasion pour les cautions , surtout pour les plus sournoises d'entre elles d'user habilement des droits qui leur sont reconnus pour se dérober et se soustraire à leur engagement .

N'oublions pas que le risque est grand de voir les rapports de force s'inverser . Une caution devenue puissante usant et abusant des faveurs qui lui sont faites face un créancier désarmé devant autant d'obstacles pour se faire payer , l'image paraît surréaliste . Pas tant que ça ! Le cautionnement en tant que garantie n'aurait alors plus de sens . Le créancier ne sera sûr de plus rien , si ce n'est d'être confronté à d'importants ennuis avec une caution devenu presque intouchable . La sécurité juridique en prend un grand coup . La jurisprudence a pressenti ces effets pervers et a préféré ne pas alimenter le contentieux en ajustant les droits à réparation de la caution non informée annuellement par le créancier .

Mais la caution n'a pas dit son dernier mot . Elle dispose d' une autre information , celle qui lui est due par le créancier lorsque le débiteur principal rencontre des difficultés financières (Section 2) .

---

quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires » , RTDcom.1997 , p.

<sup>848</sup>P. Crocq , « Les développements récents de l'obligation de la caution » , op.cit .

<sup>849</sup>D.R. Martin , obs. Sous Cass.com., 25 avril 2001 et Cass.1ère civ. 6 nov. 2001 , op.cit. ; J. Djoudi , préc.



## **SECTION 2 : LA CAUTION CREANCIERE D'UNE INFORMATION PONCTUELLE**

### **RELATIVE AUX DIFFICULTES DE REMBOURSEMENT DU DEBITEUR**

Voilà les créanciers prévenus ! Ils doivent impérativement prendre en compte les cautions avec qui ils contractent , les considérer comme « des êtres de chair qui doivent être traités non comme une abstraction comptable , mais avec le respect dû à toute personne »<sup>850</sup>. Pour les créanciers qui mettent peu d'empressement pour répondre à leurs devoirs de loyauté , de bonne foi , d'entraide , la loi est là pour leur rappeler ces impératifs au travers de mesures majeures pour protéger la caution au cours de l'exécution du contrat de cautionnement . C'est là qu'intervient l'obligation d'information sur la défaillance du débiteur principal . Son rôle est essentiel dans le processus de protection de la caution .

En effet , s'inscrivant dans la continuité de l'information qui est transmise chaque année par le créancier , cette nouvelle information ponctuelle doit être une sorte d'électrochoc pour la caution lui faisant bénéficier du principe « action-réaction » . En étant informée rapidement des problèmes rencontrés par celui qu'elle cautionne , la caution pourra réagir tout aussi vite pour débloquer la situation , et surtout prendre les dispositions adéquates pour préserver ses intérêts , soit par exemple en prenant des mesures de sauvegarde , soit en évitant de prendre d'autres engagements financiers . Ce signal d'alarme lui permet donc de mieux appréhender le risque d'être dans un avenir proche appeler en paiement . De fait , il est important que le créancier collabore avec la caution pour assurer une exécution efficace du contrat de cautionnement . En bannissant l'inertie du créancier , le législateur entend donner toutes les cartes à la caution pour qu'elle puisse prendre son destin en main et lui éviter d'être étranglée par les dettes . En l'accompagnant de la sorte dans la vie du cautionnement , le législateur souhaite lutter contre ces phénomènes tragiques que compte actuellement notre société et que sont le surendettement et l'exclusion<sup>851</sup> .

L'établissement d'un certain idéal de justice dans le droit du cautionnement implique donc la naissance de mesures phares qui éclaireront le combat dans la protection des cautions . Mais est-ce véritablement le cas avec les lois mises en place pour informer la caution de la défaillance du débiteur principal ? Si nous soulevons la question c'est que des parts d'ombres

---

<sup>850</sup>Ph. Stoffel-Munck , « L'abus dans le contrat » , Essai d'une théorie , LGDJ , 2000 , préf. R. Bout , n°7.

<sup>851</sup>J. Crédot , « La prévention du surendettement et la réforme du cautionnement » , Loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions , Banque et Droit , n°62 , nov.-déc. 1998 , p.3 .

subsistent .

En effet , les réflexes ont la peau dure ! Le législateur fidèle à sa stratégie législative approximative va reproduire les mêmes incohérences , omissions , dispersions que celles observées dans notre précédent développement consacré à l'information annuelle de la caution. Il crée ainsi un droit à l'information ponctuelle lacunaire ( §1) aux faibles sanctions (§2).

### **§1) UN DROIT A L'INFORMATION PONCTUELLE LACUNAIRE**

Trois textes consacrés à l'obligation d'informer la caution de la défaillance du débiteur principal vont voir le jour . Le Code de la consommation , désormais extraordinaire refuge des droits de la caution , en héberge deux , les articles L.313-9 et L.341-1 . Le troisième texte quant à lui est issu de la loi du 11 février 1994 en son article 47-II , alinéa 3 . Ces dispositions spécifiques qui ont pour objectif de renforcer le dispositif législatif de protection de la caution lors de la phase de mise en œuvre du cautionnement commencent avec la loi Neiertz du 31 décembre 1989 relative au surendettement des particuliers . Elle donne le coup d'envoi de cette remarquable avancée dans l'information de la caution sur les problèmes du débiteur en instituant l'article L.313-9 C. cons.<sup>852</sup> (A).

#### **A) L'INFORMATION DE LA CAUTION ASSUREE PAR L'ARTICLE L.313-9 C.CONS.**

Cet article impose aux établissements de crédit d'avertir la caution dès le premier incident de paiement de l'emprunteur . Toutes les cautions sont-elles concernées ? Non ! La mesure s'adresse uniquement aux cautions personnes physiques qui se sont portées garantes à l'occasion d'une opération de crédit à la consommation ou immobilier . Ces dernières doivent avoir contracté avec un créancier bien spécifique : l'établissement de crédit . Les débiteurs et les créanciers de l'obligation d'information étant limitativement ciblés par la loi , son domaine d'application demeure dès lors très restreint .

---

<sup>852</sup>V.A. Piédelièvre , « Les modifications apportées à certains cautionnements par la loi du 31 décembre 1989 » , Gaz. Pal. 3 mars 1990 , p.157 ; D. Legeais , « La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions » , op. cit.

L'article L.313-9 C. cons. prévoit que le créancier procède à l'accomplissement de son obligation légale dès les premiers signes de difficultés de remboursement du cautionné et qu'il qualifie « d'incident de paiement caractérisé susceptible d'inscription au fichier institué à l'article L.333-4 du même code<sup>853</sup> ». La référence au fichier national géré par la Banque de France suppose donc pour que l'information ponctuelle soit due à la caution une certaine gravité dans la défaillance du débiteur<sup>854</sup>. L'incident évoqué peut d'ailleurs être défini « comme tout défaut de paiement atteignant un montant cumulé égal ou triple de la dernière échéance due pour les créances remboursables par mensualités ou l'équivalent d'une échéance dans les autres cas lorsque ce montant demeure impayé pendant plus de 90 jours »<sup>855</sup>. Les cas visés impliquent un certain délai, un retard de paiement de trois échéances mensuelles, avant que la caution ne soit avertie du risque qui pèse sur elle d'être appelée en paiement. Autant dire que durant ces trois mois, tout peut se passer et la situation s'aggraver. On ne peut dans ces conditions raisonnablement croire en une protection efficace de la caution. Sachant en outre que l'article L.313-9 C.cons. ne pose aucune contrainte dans le délai de transmission de l'information sur la défaillance du débiteur principal. Il aurait fallu qu'elle soit délivrée presque instantanément pour que la caution en tire réellement les effets bénéfiques. Cela n'étant pas possible dans la pratique<sup>856</sup>, un simple délai raisonnable est de fait préconisé.

La « pulvérisation » législative se poursuit ensuite avec la loi Madelin du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle qui, en son article 47.II, alinéa 3 dispose que « lorsque le cautionnement est consenti par une personne physique pour garantir une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel ou d'une entreprise constituée sous forme de société, le créancier informe la caution de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement ». L'obligation est du même type que celle de l'article L.313-9 C.cons., mais ne concerne que les

---

<sup>853</sup>L'art. L.333-4, I C.cons. « a pour finalité de fournir aux établissements de crédit mentionnés au titre 1er du Livre V du Code monétaire et financier, aux établissements de monnaie électronique et aux établissements de paiement mentionnés au titre II du même livre V et aux organismes mentionnés au 5 de l'article L.511-6 du même code, un élément d'appréciation de la solvabilité des personnes qui sollicitent un crédit. Le fichier peut fournir un élément d'appréciation à l'usage des établissements de crédit, des établissements de monnaie électronique et des établissements de paiement dans leurs décisions d'attribution des moyens de paiement. Les informations qu'il contient peuvent également être prises en compte par les mêmes établissements et organismes mentionnés au deuxième alinéa pour la gestion des risques liés aux crédits souscrits par leurs clients ».

<sup>854</sup>S. Piédelièvre, *Droit des sûretés*, op.cit.

<sup>855</sup>Régl. n°90-05, 11 avril 1990, modifié par les règles n°93-04, 19 mars 1993 et 96-04, 24 mai 1996 du Comité de la réglementation bancaire et financière, art.2 ; Voir sur ce point O. Lutun, « L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », *RD bancaire et fin.* n°4, juillet/août 2003, p.262.

<sup>856</sup>Ph. Simler, *Cautionnement et garanties indépendantes*, n°437, op.cit.

cautionnements de dettes professionnelles donnés par des personnes physiques . Ici , la disposition ne fait état d'aucun créancier spécifique . Aussi , il n'y a pas lieu que ce dernier soit un professionnel pour être soumis à l'obligation d'information . En outre , avec cet article 47.II alinéa 3 , tous les cautionnements sont visés et plus uniquement ceux à durée indéterminée comme le prévoyait auparavant l'alinéa 1 du même article .

De plus , rédigée de la sorte , cette loi bénéficie à toutes les cautions personnes physiques ; les cautions dirigeantes y ont donc largement leur place . La connaissance de la défaillance du débiteur par la caution dirigeante en raison de sa position dans la société cautionnée n'est pas une raison suffisante pour considérer que l'information légale est devenue dans ce cas inutile . Le créancier reste de fait tenu de la mettre au courant malgré tout de la situation financière du débiteur<sup>857</sup> .

### **B) L'INFORMATION TIREE DE L'ARTICLE L.341-1 C.CONS.**

Introduit par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions , l'article L. 341-1 du Code de la consommation entend protéger « sans préjudice des dispositions particulières , toute personne physique qui s'est portée caution en l'informant par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement » . La portée de cette mesure est plus générale et absorbe complètement les deux obligations précédemment évoquées .

En effet , dans l'article L.341-1 C.cons. , la nature de la dette principale importe peu . Les seules distinctions opérées reposent sur la qualité de la caution personne physique ayant souscrit un cautionnement au profit d'un créancier professionnel . Bien évidemment , nous devons comme dans les développements plus haut , retenir une interprétation large de la notion de « créancier professionnel » qui ne se limite plus aux établissements de crédit<sup>858</sup> .

Désormais , l'information doit être délivrée « dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement » . Elle se veut être la même que celle

---

<sup>857</sup>Cass.civ. 1ère , 16 sept. 2010 , n°09-15057 ; Cass.com. , 27 nov. 2007 , n°06-15.128 ; Bull.civ.2007, IV , n°253 ; JurisData n°2007-041626 ; RTDciv. 2008.330 , obs. P. Crocq ; RDC 2008 , p.421 , note D. Houtcieff ; RTDcom. 2008 . 169 , obs. D. Legeais ; CA Aix-en-Provence , 10 juillet 2009 , n°04-01833 , SCI Noraq c/Evelyne .

<sup>858</sup>Cass.1re civ. , 9 juillet 2009 , op.cit.

préconisée dans l'article 47-II al.3 de la loi Madelin , mais surtout plus rapide que celle donnée à la caution dans l'article L.313-9 C.cons. qui conduit à une attente de trois mois avant que ladite caution ne soit informée . De fait , comme la personne physique peut jouir de l'article L.341-1 C.cons. « sans préjudice de dispositions particulières » et propose une obligation semblable à celle de l'article L.313-9 C.cons., la caution aurait légitimement droit à deux informations à deux moments différents dès lors qu'il y a défaillance du débiteur principal . En conséquence , puisqu'il y a une superposition des deux textes , le plus simple serait d'abroger l'article L.313-9 C.cons. du fait de sa lenteur dans la délivrance de l'information . On gagnerait ainsi en visibilité , en temps et en frais d'envoi inutiles. Mal gérée , la technique législative qui débouche sur une multitude de textes demanderait à être clarifiée . Cet éclatement nuit fortement à la lisibilité de l'obligation d'information de la caution de la défaillance du débiteur principal<sup>859</sup>. Cette fragilité se ressent jusqu'au niveau des sanctions administrées en cas de manquement à ladite information ( §2).

## **§2) UNE SANCTION AU FAIBLE IMPACT SUR LA PROTECTION DE LA CAUTION**

Avec la sanction à appliquer au créancier qui ne se soumet pas à son obligation d'informer la caution sur les incidents de paiements observés chez le débiteur principal , le législateur n'a semble-t-il pas voulu se compliquer la tâche . En effet , il adopte la même déchéance partielle dans les trois principaux textes . Qu'il s'agisse de l'article L.313-9 C.cons. , de l'article 47-II al.3 , ou encore de l'article L.341-1 C.cons. , tous prévoient que le créancier peu diligent soit privé « des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée » . Nous voulions une harmonisation , là voilà ! Dommage que ce « copié-collé » ne soit pas assez corrosif . En effet , la caution ne doit se contenter que d'une sanction forfaitaire qui ne l'épargne « que du paiement des intérêts dont elle aurait pu faire l'économie si elle avait été informée plus tôt de la défaillance du débiteur principal »<sup>860</sup> . La déchéance qui vient sanctionner le non respect de l'obligation d'information ne prend pas en compte les intérêts conventionnels afférents à la dette<sup>861</sup> . Le législateur , à l'image de l'article L.341-6 C.cons. relatif à l'information annuelle , est donc dans la retenue , rendant la protection de la caution aléatoire . Pourtant , la spirale des impayés qui s'accumulent peut vite

---

<sup>859</sup>En ce sens O. Lutun , op. cit.

<sup>860</sup>J. Crédot , « La prévention du surendettement et la réforme du cautionnement » , op.cit. , note également O. Lutun , op.cit.

<sup>861</sup>Préc.

exposer ladite caution à de lourdes conséquences . C'est pourquoi , le législateur doit accentuer ses efforts sur une sanction plus rigoureuse qui inciterait les créanciers à s'exécuter plus rapidement en délivrant une information claire sur les difficultés financières du cautionné. Ce n'est certainement que comme ça que les intérêts de la caution seront préservés.

Le droit de la consommation d'habitude si protecteur des cautions apparaît obscure et risque d'alimenter un contentieux déjà bien fourni<sup>862</sup>. L'étude des litiges opposant les créanciers aux cautions sur la sanction du défaut d'information nous a conduit par exemple à la question du sens à donner « aux pénalités de retards » . Doit-on uniquement retenir au sens strict « les pénalités de retards », ou au contraire privilégier une interprétation plus large permettant d'inclure toute pénalité qui serait prévue au contrat dans l'hypothèse d'un non paiement , comme par exemple la clause pénale visée à l'article 1152 C.civil ? La Cour de cassation viendra préciser la portée de la sanction du défaut d'information de la caution par le créancier en cas de défaillance du débiteur principal dans un arrêt du 19 juin 2013<sup>863</sup>. En l'espèce , une société avait obtenu auprès d'un établissement de crédit un prêt immobilier qu'elle avait garanti par un cautionnement . L'entreprise rencontrant des difficultés , la banque assigna la caution en paiement du solde restant de la dette , en lui réclamant notamment « une indemnité forfaitaire de 10% du capital échu en retard » . Alors que les juges du fond de Caen l'avaient débouté de sa demande , la première Chambre civile , s'appuyant sur les articles L341-1 C.cons. et 1152 C.civ. , s'est prononcée en sa faveur en considérant que l'indemnité forfaitaire de 10% prévue au contrat de prêt constitue bien une pénalité au sens de l'article L.341-1 C.cons. . C'est ainsi que la caution a été dispensée de payer la clause pénale . Cette décision est très intéressante pour les cautions , et on imagine qu'elle sera certainement élargie aux articles 47.II al.3 de la loi du 11 février 1994 et à l'article L.341-6C.cons. . Considérant leur similitude , le contraire nous étonnerait beaucoup . C'est donc une affaire à suivre .

Confrontée à la timidité de la sanction ou même en son absence dans le cas de l'article L.331-3 C.cons. , la caution qui a été lésée par le défaut d'information peut toujours , par analogie aux solutions retenues dans le cadre de l'information annuelle , invoquer la responsabilité

---

<sup>862</sup>A. Dumery, « Cautionnement et Code la consommation : d'une ambition protectrice à un éclatement progressif », Revue Lamy Droit civil 2011 , n°79 , act. 4127 , p.27 .

<sup>863</sup>Cass.1re civ. , 19 juin 2013, n°12-18.478 , Xc./Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel de Normandie ; RLDC , sept. 2013 , n°5196 , note Ch. Gijsbers ; N. Rontchevsky , Banque et Droit n°151 , sept.-oct. 2013 , p.48 .

civile du créancier<sup>864</sup>. Elle pourra ainsi espérer cumuler des dommages et intérêts avec la déchéance prévue par les textes spéciaux, encore faut-il qu'elle démontre un préjudice particulier. Cela supposerait par exemple qu'elle établisse que si elle avait été informée rapidement des difficultés financières du cautionné elle aurait pris les dispositions adéquates pour remédier au problème, soit en intervenant directement auprès du débiteur principal, soit en se substituant à lui dans les meilleures conditions. Elle peut également soulever la mauvaise foi du créancier qui n'a pas prévenu la commission de surendettement de son existence. Il est important pour la caution que la situation du cautionné ne s'aggrave pas car c'est son action récursoire qui est en jeu<sup>865</sup>. Mais nous savons que solliciter une réparation en application des règles du droit est un tour de force qui ne va pas de soi. Car, si la Cour de cassation ne l'exclut pas, elle encadre cette sanction exceptionnelle de manière rigoureuse. Ecrasée par le fardeau de la preuve qu'elle doit se constituer, la caution est souvent bien démunie. D'autant que les nouveaux articles relatifs à l'information sur la défaillance du débiteur principal demeurent silencieux sur les modalités de transmission de ladite information.

Aussi, dans ce contexte, le premier réflexe qui nous vient est de nous référer aux décisions qui avaient été rendues en application de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984, devenu L.313-22 Code monétaire et financier sur l'information annuelle. N'imposant aucun formalisme particulier, la Haute juridiction affirme que l'obligation d'information peut être apportée par tous moyens, et notamment par une lettre simple<sup>866</sup>, en précisant qu'« il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l'information envoyée »<sup>867</sup>. Bien que la Cour de cassation est venue tempérer cette liberté octroyée aux créanciers en exigeant d'eux de prouver le contenu de la lettre adressée à la caution<sup>868</sup>, ces dispositions sont difficilement transposables ou en tout cas pas souhaitables. En effet, les incidents constatés par le créancier doivent en raison de leur gravité doivent être communiqués à la caution par lettre recommandée avec accusé de réception. Nous avons évoqué son importance et ses effets positifs à travers l'information annuelle, ces aspects le seront davantage dans le cadre de l'information ponctuelle dont l'exécution nécessite d'être prouvée dans un bref délai<sup>869</sup>. Certains vont même aller plus loin en soulevant l'idée que

---

<sup>864</sup>Y. Picod, JCP.G. 1993, II, n°22009, p.92.

<sup>865</sup>Cass.1re civ., 16 juillet 1998, BRDA n°1998/19, p.10.

<sup>866</sup>Cass.com., 17 juin 1997, op.cit.

<sup>867</sup>Cass.1re civ., 25 novembre 1997, op.cit.

<sup>868</sup>Cass.1re civ., 17 nov. 1998; Bull.civ. I, n°321; JCP.G. 1999, I, 116, n°4, note Ph. Simler; Cass.com. 26 oct.1999; RJDA, 2000, n°93.

<sup>869</sup>Ph. Delebecq, Ph. Simler, Droit civil, Les sûretés, Les publicités foncières, op.cit.

l'envoi du courrier d'information soit constaté par un huissier<sup>870</sup>. Nous sommes conscients qu'une telle opération peu rendre frileux en raison des coûts qu'elle peut engendrer. Pourtant, elle reste une piste intéressante à explorer pour assurer l'effectivité de la protection de la caution.

### **Conclusion sur l'information au cours de l'exécution du contrat de cautionnement**

Le corps de règles élaboré autour de l'information destinée à protéger la caution au cours de l'exécution du contrat de cautionnement au nom de la bonne foi a révélé également ses limites. Il ne s'agit en aucun cas de remettre en cause l'information délivrée à ce stade. Qu'il s'agisse de l'obligation annuelle ou ponctuelle en cas de défaillance du débiteur principal, son rôle est essentiel et ceci à double titre. D'une part, elle permet une maîtrise du temps qui pourrait échapper à la caution sujette à l'oubli et à l'ignorance de la situation de celui pour qui elle s'est engagée. Pour ce qui est du créancier, celui-ci doit aussi saisir tout l'enjeu d'une telle information puisqu'elle peut lui garantir en fin de compte la bonne exécution du contrat. Renseignée dans les meilleurs délais, la caution pourra aisément agir en faisant pression sur le débiteur principal ou, pourquoi pas, prendre les mesures nécessaires pour satisfaire le créancier et ainsi éviter des complications fâcheuses.

Mais le point névralgique se situe ailleurs, et plus précisément au niveau de la manière dont ont été élaborés les textes sur lesquels reposent ces obligations d'information. En effet, lacunaire, le dispositif de protection se démarque par sa complexité, sa lourdeur. Les lois s'accumulent et se superposent sans cohérence<sup>871</sup>. Animée d'une finalité noble, l'obligation d'information souffre pourtant de paradoxes significatifs.

Le côté pile du paradoxe est devant nous et s'observe fréquemment dans la pratique. Les cautions sont abreuvées d'informations diverses – avant – pendant – la vie du cautionnement ...jusqu'à l'indigestion. D'autant qu'il n'est pas sûr que la plupart d'entre elles saisissent toute la subtilité de tout ce qu'elles reçoivent. Les informations les plus pertinentes sont noyées dans ce flot de sollicitudes envoyées le plus souvent par simple lettre. Cet effet pervers du système informatif en cache un autre, et non des moindres.

---

<sup>870</sup>Crédot et Gérard, op.cit

<sup>871</sup>A-S. Barthez, « Désordres dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », op.cit.



Le législateur déploie une énergie considérable pour protéger les cautions par l'information que , dans cette course folle , il en oublie certaines sur le bord de la route . En cela nous pensons aux sous-cautions qui ne profitent absolument pas des attentions faites aux cautions<sup>872</sup> . Sont-elles moins méritantes ? Le risque qu'elles prennent est-il moins dangereux ? Pourtant , les sous-cautions contre-garantissent les cautions . En d'autres termes , le sous-cautionnement est un filet de sauvetage qu'exige la caution auprès du débiteur principal avant qu'elle ne s'engage afin de se prémunir contre une probable défaillance de ce débiteur . De fait, la caution endosse le rôle du créancier quand la sous-caution devient sa caution<sup>873</sup> . Le risque pris est dès lors tout aussi important et inquiétant que celui auquel s'expose la caution . C'est pourquoi le désintérêt du législateur à l'égard de ces cautions de second rang nous interpelle . Malheureusement , cette négligence législative va être appuyée par la Cour de cassation qui les prive du droit à l'obligation d'information annuelle qui doit , selon la Haute juridiction , se limiter aux rapports entre le créancier initial et la caution<sup>874</sup> . En omettant d'intégrer ces sous-cautions au dispositif de protection , le législateur commet une erreur qu'il conviendrait de corriger .

C'est alors que devient visible le côté face du paradoxe . La multiplication des lois sur l'obligation d'information va produire l'effet le plus déstabilisant , surtout pour les créanciers . Ces derniers , se perdent dans ce labyrinthe législatif et , les efforts de la jurisprudence pour combler les omissions et imprécisions n'y changent rien . N'oublions pas que les créanciers ont déjà d'innombrables obligations auxquelles ils doivent se soumettre (mention manuscrite, principe de proportionnalité ...) et dont la qualité rédactionnelle laisse pour le moins dubitatif . Si en plus , ces dispositions sont éparpillées dans différents codes ( civil , monétaire et financier , consommation ..) , alors on saisit mieux leur inquiétude et même plus , leur lassitude . Car , « si nul n'est censé ignorer la loi » , les créanciers , en particuliers profanes, seraient " des délinquants " en puissance . C'est connu , « trop de lois , tue la loi ! » . Le législateur ne doit pas perdre de vue que la meilleure protection réside dans la simplicité de la loi qui devient alors accessible et intelligible pour le plus grand nombre .

---

<sup>872</sup>M. Mekki , « La protection de la caution » , op.cit.

<sup>873</sup>Voir sur ce rapport particulier entre la caution et la sous-caution : P. Y. , Droit des sûretés , Ellipses , 2013 .

<sup>874</sup>Cass.com. , 13 février 2007 , n°05-13.308 ; JurisData n°2007 – 037362 ; RTDciv.2007 , p.370 , obs. P. Crocq ; Banque et droit , n°112 , mars-avril 2007 , p.32 , note Th. Bonneau , et p.59 , obs. F. Jacob ; D.2007 , p.651 , note V. Avena-Robardet .

Que dire du secret bancaire qui est latéralement englouti par ce torrent d'informations. Le goût du secret d'ordinaire si bien cultivé et protégé depuis si longtemps ne peut désormais être poussé à l'obsession . Or , la profession de banquier nécessite la plus grande discrétion<sup>875</sup> et le silence le plus complet . Mais dans l'intérêt des cautions, ce silence doit être brisé . Une véritable révolution pour ces professionnels du crédit qui doivent composer avec ces textes paralysants et pour certains d'entre eux inadaptés.

C'est pourquoi , il faut remédier à ces malfaçons législatives afin qu'elles ne parasitent plus l'efficacité du cautionnement . On doit dès lors maîtriser « ce serpent de mer »<sup>876</sup> qu'est l'obligation d'information en légiférant autrement . A toutes les obligations légales spéciales sur lesquelles nous nous sommes penchés , et notamment sur celle relative à l'évolution de la dette garantie , il faudrait substituer une seule et unique obligation d'information de portée générale . Sur ce point la doctrine est unanime<sup>877</sup> . Une simplification qu'avait d'ailleurs proposé la commission Grimaldi sous la forme suivante : « Le créancier professionnel serait tenu d'informer la caution personne physique , avant le 31 mars de chaque année , du montant du principal et de ses accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente . La sanction de cette obligation serait la déchéance des intérêts et accessoires échus depuis la date de la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information » . Partant de là , un grand nettoyage doit s'opérer en abrogeant les articles devenus par conséquent superflus comme L.313-22 du Code monétaire et financier , L.341-6 du Code de la consommation , ou encore l'article 47-II de la loi du 11 février 1994 . Ce n'est là qu'une question de bon sens ! Unifiée et assortie d'une sanction plus dissuasive , la matière gagnera en clarté et donc en efficacité<sup>878</sup> . Malheureusement , cette préconisation n'a pas été retenue par le législateur malgré l'évidence de l'imperfection du système en place . Or , l'immobilisme est aussi pernicieux qu'une grave maladie . Mais les tentatives de réformes échouées ne doivent pas nous faire sombrer dans le pessimisme .

Il y a des choix que le législateur ne peut éluder . Au-delà de la sécurité juridique ou de l'effectivité du cautionnement , c'est un enjeu économique d'une plus grande ampleur qui se

---

<sup>875</sup>H. Bonin , La banque et les banquiers en France du Moyen-Age à nos jours , Larousse , 1992 .

<sup>876</sup>F. Maume , « Le cautionnement , souvenir d'un contrat consensuel » , Mémoire de Master I , sous la dir. D. Houtcieff , Droit des sûretés , Univ. d'Evry-Val d'Essonne , 2009-2010 .

<sup>877</sup>G. Piette , Droit des sûretés , op.cit. ; D. Legeais , op. cit. ; D. Houtcieff , préc. ...

<sup>878</sup>M. Mekki , « La protection de la caution » , op. cit.

joue<sup>879</sup> . Une réalité parfaitement décrite par Monsieur J. Crédot selon lequel « tout affaiblissement d'une sûreté , quelle que soit cette sûreté personnelle ou réelle , peut rendre plus difficile l'accès au crédit et être dès lors un facteur d'exclusion »<sup>880</sup> . Cette affirmation résonne en nous comme une mise en garde à ne pas prendre à la légère compte tenu du contexte économique actuel . « Le cautionnement est une institution sensible »<sup>881</sup> , qui n'a nullement besoin de ces errements législatifs et jurisprudentiels . La voie d'une réforme pointilleuse s'impose donc , des changements qui doivent incontestablement appréhender différemment le cautionnement y compris dans les procédures d'insolvabilité du débiteur principal (Chapitre 2).

## **CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION DANS LES PROCEDURES D'INSOLVABILITES DU DEBITEUR PRINCIPAL**

Bien que « qui dit crédit dit confiance »<sup>882</sup>, le créancier est loin d'être crédule . Il doit composer avec l'incertitude devant l'inconnu et tout ce que ce terme comporte de mystérieux . De fait , sa méfiance va l'inciter à exiger du débiteur, chef d'entreprise de solides garanties . En ce sens , le cautionnement se présente comme une intéressante proposition . Car , nous dit-on , que « le cautionnement est incontestablement l'une des garanties les meilleures qu'on puisse donner à une banque , si ce n'est pas toujours la plus sûre , en tout cas la plus pratique dans le domaine de la prévention et du recouvrement des impayés »<sup>883</sup>. Ces mots sont plutôt rassurants , mais nous savons désormais que la réalité est autrement plus difficile ; confrontée aux procédures d'insolvabilité touchant le débiteur principal elle le sera davantage .

En principe , si le débiteur principal est en difficulté , c'est tout naturellement que le créancier se tournera vers la caution pour être payé , et ce indépendamment de toute poursuite contre ledit débiteur . Après tout , c'est là sa fonction principale , ce pour quoi le créancier l'a prise .

---

<sup>879</sup>Ph. Dupichot, « L'efficience économique du droit des sûretés », Extrait de la conférence de la Fondation pour le droit continental au sein de l'Ecole de droit de Keio (Tokyo) et de l'Université Diego Portales (Santiago du Chili) , références sur [www.fondation-droitcontinental.org/fr/.../ph-dupichot](http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/.../ph-dupichot)

<sup>880</sup>J. Crédot , « La prévention du surendettement et la réforme du cautionnement » , op.cit.

<sup>881</sup>J. Crédot , préc.

<sup>882</sup>D'un point de vue étymologique , le terme « crédit » vient du latin « credere » qui veut dire « croire » , « avoir confiance » . Il a la même origine que les mots « créancier » et « crédule ».

<sup>883</sup>F. Totsi et A. Crosto , « L'impayé et l'entreprise , éd. Administrative , Paris , 1978 , p.53 .

En effet , « assises sur le patrimoine d'un tiers contre lequel le créancier dispose d'un droit de poursuite distinct et autonome , les sûretés personnelles ont longtemps été indifférentes à la survenance de la procédure collective du débiteur . La finalité de garantie postule la rigueur de l'exécution au moment précis où la sûreté personnelle doit remplir son office »<sup>884</sup>. Une logique qui coule de source et qui implique le respect de la parole donnée dans le contrat . Le débiteur de renfort doit honorer son engagement ! Une position à laquelle était d'ailleurs farouchement attaché l'ancien droit de la faillite où la primauté la protection légitime du créancier . Aussi , le débiteur qui avait trahi la confiance qu'avait placé en lui le créancier était considéré comme un criminel et à qui « il ne fallait pas laisser les moyens d'afficher un luxe insultant »<sup>885</sup>. En 1807 , lors des travaux du Code de commerce , Napoléon avait d'ailleurs exprimé que « dans toute faillite , il y a un corps de délit puisque le failli fait tort à ses créanciers » . Autant dire qu'il ne faisait pas bon d'être débiteur défaillant , surtout si l'on se remémore les supplices qui lui étaient infligés<sup>886</sup>.

Mais cette vision d'un autre temps ne pouvait résister aux changements que connaîtra notre société moderne résolument tournée vers l'humain . C'est ainsi que progressivement la finalité traditionnelle portée par le droit de la faillite orientée par la volonté de protéger le créancier va , peu à peu , se transformer en droit des entreprises en difficulté dont la préoccupation essentielle sera la survie de l'entreprise en difficulté<sup>887</sup> .

De nos jours , les impératifs économiques et sociaux priment sur tout le reste , y compris sur les prérogatives discrétionnaires des créanciers à qui on demandera quelques sacrifices . Le droit des procédures collectives deviendra alors « le premier des droits économiques qui se

---

<sup>884</sup>Ph. Dupichot , « L'efficience économique du droit des sûretés personnelles » , op. cit.

<sup>885</sup>L. Sergur , « Exposé des motifs du projet de loi concernant le Livre III sur les faillites et les banqueroutes , Code de commerce , Paris , 1810 , p.57 .

<sup>886</sup>Par exemple , sous l'Ancien Régime , le débiteur insolvable était condamné aux galères et même à la peine capitale . Avec l'avènement du Code de commerce en 1807 , sa situation ne sera guère plus enviable puisque ledit débiteur devait s'attendre au pire à la mort civile , au mieux aux travaux forcés . Pour une étude rétrospective du droit de la faillite , voir R. Ithurbide , Histoire critique de la faillite , LGDJ , 1973 ; E. Thaller , Traité général théorique et pratique de droit commercial , Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, Tome 1 , éd. Rousseau , 1907 ; M-L Coquelet , Entreprises en difficulté , Instruments de paiement et de crédit , Dalloz , 4ème éd. , 2011.

<sup>887</sup>J. Paillusseau , Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté , Mélanges R. Houin , Dalloz-Sirey , 1985 , p.109 ; F. Aubert , Les finalités des procédures collectives , in Prospectives du droit économique , Dialogues avec M. Jeantin , Dalloz , 1999 , p.367 ; F. Terré , Droit de la faillite ou faillite du droit , RJCom.1991 , 1 et sv. ; R. Houin , Permanence de l'entreprise à travers la faillite , in Liber amicorum Baron Louis Frédériq , E. Story-Scientia , 1965 , p.609 ; J. Foyer , De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises , Mélanges Azard , Cujas 1980 .

définit par un rapport d'instrumentalisation par rapport à la réalité »<sup>888</sup>. La réalité française, c'est environ 3,48 millions de chômeurs en 2015, c'est aussi environ 60000 défaillances d'entreprises que la Banque de France va recenser en 2014<sup>889</sup>. Cessations de paiement , redressements judiciaires , liquidations judiciaires ....seront autant de drames qui viendront affecter le moral de la population exposée au surendettement et à l'exclusion . Un cercle vicieux qui devait nécessairement mobiliser les politiques en vue d'une importante refonte du droit des procédures d'insolvabilité du débiteur principal en préservant les intérêts de la caution dans la procédure de surendettement (Section 1) et dans les procédures collectives (Section 2) . Mais nous allons nous rendre compte que cette protection est très hésitante et également sélective.

## **SECTION 1 : LA PROTECTION DE LA CAUTION DANS LE CADRE D'UNE PROCEDURE DE SURENDETTEMENT OUVERTE A L'ENCONTRE DU DEBITEUR PRINCIPAL**

Lorsqu'en 1985 , l'Etat facilite le recours aux crédits à la consommation en mettant fin à treize années d'encadrement stricte du crédit afin de stimuler l'économie , il était loin d'imaginer que cette libéralisation par une sorte d' « économie d'endettement »<sup>890</sup>, était « une bombe à retardement ». En encourageant les particuliers à recourir massivement au crédit , il en a banalisé le geste au point où « le recours au crédit est devenu pour les français un mode normal de gestion de leur budget leur permettant de satisfaire les charges immédiates de la vie courante »<sup>891</sup> , jusqu'à « l'overdose de crédits »<sup>892</sup>. Les excès qui en découleront vont avoir des effets effroyables sur la vie de débiteurs qui se sont lancés dans cette mésaventure . Pour l'Etat c'est un échec ! Sa politique visant à garantir le développement économique et social, va prendre une toute autre tournure en augmentant le surendettement<sup>893</sup>.

Et pour cause, « la spirale du surendettement, mal nouveau, bien que prévisible, dont souffre de plus en plus notre société de consommation »<sup>894</sup> soulève de grandes inquiétudes.

---

<sup>888</sup>M.A. Frison-Roche , Le législateur des procédures collectives et ses échecs , Mélanges A. Honorat , p.113 .

<sup>889</sup>Pour une liste des entreprises en difficulté par activités et par départements , se diriger vers [www.manageo.fr/](http://www.manageo.fr/)

<sup>890</sup>B. Oppetit, « L'endettement et le droit », in Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991, p.295.

<sup>891</sup>V. Vigneau et G-Y. Bourin , Droit du surendettement des particuliers , LexisNexis -Litec , 2007 , n°2 , p.3 .

<sup>892</sup>J. Arthuis , in Sénat , JORF , 9 octobre 2008 .

<sup>893</sup>D. Mazeaud , L'endettement des acquéreurs , RDImm. , 1995 , p.641 ; R. Soulard , Vues pratiques sur le surendettement , Rev. huissier , 1989 , p.669 .

<sup>894</sup>O. LITTY, « Inégalité des parties et durée du contrat ,Etude de quatre contrats d'adhésion usuels », Thèse,

Aujourd'hui, nombre de personnes sont en situation de surendettement. En se référant à l'enquête typologique produite par la Banque de France qui s'appuie sur les données recensées dans le Fichier des Incidents de remboursement des crédits aux Particuliers (FICP) , on observe qu'en 2014 , plus de 700000 dossiers environ de surendettement<sup>895</sup> ont été déposés par des particuliers accablés par les difficultés financières . Un chiffre qui ne cessera de croître<sup>896</sup>. La crise économique va en accentuer les effets . « Le surendettement est devenu le miroir de la précarité sociale, voire de l'exclusion affectant une partie de la population française qui se trouve vivre en dessous du seuil de pauvreté, soit 13% de la population en 2010. »<sup>897</sup>.

Définit par l'article L.330-1 du Code de la consommation , le surendettement est « l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non-professionnelles exigibles et à échoir » . Aussi, pour aider les particuliers qui se trouvent dans cette « spirale infernale » qu'est le surendettement , des mesures particulières sont accordées au débiteur<sup>898</sup>. « Le souci de réinsertion sociale et financière du débiteur,

---

Biblio. De droit privé, T.322, p.87.

<sup>895</sup>Chiffres avancés dans le site officiel de la Banque de France sur le surendettement (<http://www.banque-france.fr>) .

<sup>896</sup>Chaque année , c'est à peu près de 200000 nouvelles demandes de dossiers de surendettement sont enregistrées auprès des commissions de surendettement avec un endettement moyen de 44638 euros. Ces chiffres sont cités dans le site officiel de la Banque de France sur le surendettement (<http://www.banque-france.fr>) . Mais également repris par la Cour des comptes-Rapport public annuel 2010-février 2010- « La lutte contre le surendettement des particuliers: une politique incompète et insuffisamment pilotée ».

<sup>897</sup>Article Wikipedia, « Traitement du surendettement des particuliers en droit français » <http://wikipedia.org>., L'auteur s'appuie notamment sur des chiffres parus dans le journal Le Monde, Avril 2010.

<sup>898</sup>Dès 1989 des procédures au profit des personnes surendettées ont vu le jour. La loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions a réformé la procédure de traitement des situations de surendettement ( art. L331-1 et s. C. consom.) . La loi du 1er août 2003 sur la ville a de nouveau aménagé la procédure, créant une procédure de rétablissement personnel . La loi du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation modifie à nouveau les règles applicables, et renforce les pouvoirs de la commission de surendettement . De nombreux articles sont apparus sur les différentes dispositions: V. par exemple S. Djidara-Decaix, « Le nouveau visage des procédures de surendettement des particuliers », Rev.proc.coll. , juillet-août 2010, p.10; G. Raymond, Contrats, concur. Consom. Octobre 2008, étude 11; C. Marie, « Cautionnement et surendettement (à propos d'un arrêt de la 1ère chambre civil de la Cour de cassation) » , Contrats, conc. Consom. 1997 , chr. n°7; Brocard, « Cautionnement et surendettement », D. Aff.1998, p.318; D. Legeais, La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet relative à la lutte contre les exclusions », JCP.E. 1999, p.1724; V. Rép.civ. , Surendettement par Y. Picod et V. Valette-Ercole , n°19; et Y. Picod, Rép. Civ. Remise de dette, n°84; S. Gjidara, L'endettement et le droit privé , préf. A. Ghozi, Bibl. dr. pr. , T. 316, 1999; D. Mazeaud, « Rapport français sur l'endettement des particuliers », in L'endettement, Travaux de l'association Henri Capitant, 1995, LGDJ, Tome XLVI, 1997, p.127 et svt.; R. Leron, « Rapport sur l'application de la loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles », JO doc. Ass. Nat. 1991, n°1634, brochure n°4184; G. Paisant, « La jurisprudence de la Cour de Cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement des particuliers », D. 1994, Chron. p.173; J-L Vallens, « La loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement des particuliers, une réforme nécessaire », ALD, 1992.173;D. Khayat, « Les nouvelles dispositions sur le surendettement des particuliers, une réforme pour rien? », Gaz. Pal. 19 déc. 1995, doct.2 ; P-L Chatain et F. Ferrière, « Le nouveau régime de traitement des situations de surendettement des particuliers issu de la loi n°95-125 du 8 février 1995 », D. 1996, p.39; J-L Courtier, « Réforme du régime du surendettement des particuliers », Petites affiches 1995, n°66, p.13 ; D. Mazeaud, « Brèves remarques sur la réforme du droit du surendettement », RD imm. 1995.227; G. Paisant, « La réforme de la procédure de traitement des situations de

constitue l'un des objectifs du dispositif de traitement des situations de surendettement, que la loi renforce en développant l'accompagnement du débiteur et en facilitant son rebond »<sup>899</sup>. Délais de paiement ou remises de dette doivent dès lors contribuer à soulager ce dernier. Dans cette circonstance, le créancier doit naturellement pouvoir faire appel à la caution tenue en cas de défaillance du débiteur principal. Encore une fois, n'est-ce pas son rôle ? C'est là tout l'intérêt de la sûreté pour le créancier. Le cautionnement qui était jusque là en « état de sommeil » doit être activé. Tant que le débiteur faisait face à son engagement, le créancier n'avait aucune raison de se tourner vers la caution.

Mais « la propagation contemporaine du surendettement »<sup>900</sup> n'épargne pas les cautions qui se sont engagées à la légère, emportées par le tourbillon de la facilité du crédit qui a terrassé les débiteurs principaux. « Le cautionnement consenti par des particuliers est un puissant facteur de surendettement »<sup>901</sup>; d'ailleurs, le scénario catastrophe du surendettement menant à la ruine la caution est à l'origine même de « la compassion législative »<sup>902</sup> et jurisprudentielle. Cette vision d'horreur mettant scène ce garant vulnérable et insouciant va alimenter de nombreux écrits comme ceux de Monsieur Dupichot selon qui « A l'heure actuelle, le spectre du surendettement et la volonté de prévenir un endettement inconsidéré pour autrui conduisent à protéger plus particulièrement la caution personne physique lors de la conclusion de la sûreté : celle-ci engage en effet son patrimoine pour autrui, en dehors de toute contrepartie ou commission, et sans toujours prendre la mesure de la gravité de son engagement »<sup>903</sup>. Aussi, pour éviter que « le cautionnement ne se sème dans la joie et se récolte dans les larmes »<sup>904</sup>, les créanciers ont été soumis à certaines contraintes légales mais également prétoriques.

---

surendettement par la loi n°95-125 du 8 février 1995 », JCPéd.G.1995.I.3844; éd. E. I.476; G. Raymond, « Le surendettement des particuliers et des familles après la réforme du 8 février 1995 », JCP.N. 1995, n°3401, p.945, Contrats, conc., consom., mars 1995.1; H. Croze, « Cinq questions à propos du décret n°95-660 du 9 mai 1995 relatif à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers », Procédures coll. juin 1995.1.

<sup>899</sup>« Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation »; Rev. de droit bancaire et financier-Revue bimestrielle Lexisnexis juriclasseur, juillet-août 2010, p.11.

<sup>900</sup>M. Séjean, La bilatéralisation du cautionnement ? : Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier, Préf. de D. Houtcieff, 2011, Biblio. Droit privé, Tome 528, p. 8.

<sup>901</sup>M. Séjean, préc.

<sup>902</sup>L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, Lextenso éditions, coll.Droit civil, 4ème éd. 2009, p.131.

<sup>903</sup>P. Dupichot, « L'efficience économique du droit des sûretés personnelles », LPA, 14 avril 2010.

<sup>904</sup>L. Aynès et P. Delebecque, « Le contentieux actuel du cautionnement », Les éditions du Cridon, coll. Conférences, 1998, « Retranscription des actes du colloque organisé par le Cridon le 15 janvier 1997 », p.8-9, cité par M. Séjean, op. préc.

Mais , si « le dispositif de traitement du surendettement tend aujourd'hui à s'imposer comme l'un des éléments essentiels de politique et de solidarité, au même titre que les prestations sociales »<sup>905</sup>, le traitement réservé à la caution en cas de surendettement du débiteur principal n'est pas des plus simples , d'autant que le sort de la caution en la matière n'a été que partiellement réglé par la loi.

Tout d'abord, la protection d'une personne qui s'est portée caution passe par l'information de celle-ci de la défaillance du débiteur principal. Le déséquilibre des connaissances constituant l'une des sources d'un tel devoir, de nombreuses dispositions<sup>906</sup> contraignent les créanciers à informer les cautions « dès le premier incident de paiement caractérisé ». La jurisprudence et le législateur ont fait de l'obligation d'information l'un des mécanismes fondamentaux de la protection de la caution à ce stade (§1) . Et si l'information sur la défaillance du débiteur semble essentielle, une autre information, d'une nature différente, incombant cette fois-ci à la commission de surendettement, va venir surenchérir le dispositif protecteur de la caution (§2). Mais cette bienveillance à l'égard de la caution ne doit pas faire oublier l'objectif affiché dans le cadre de l'ouverture d'une procédure de surendettement, qui est celui de restaurer l'efficacité du cautionnement en portant une limite à son caractère accessoire<sup>907</sup>; la caution ne pourra dès lors se prévaloir des délais et remises accordés au débiteur (§3 ).

---

<sup>905</sup>Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation ; op. cit.

<sup>906</sup>Y. Picod, « Evolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », Mélanges Ph. Simler, Litec-Dalloz; F. Credot, « La prévention du surendettement et la réforme du cautionnement », Banque et droit, novembre 1998, p.3.; D. Pardoel, « Les obligations d'information de la caution sur l'évolution de la dette principale », LPA, 3 juillet 2001; P. Crocq, « Les développements récents de l'obligation d'information », Mélanges M. Cabrillac, p.349; A. Sbarthez, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement: l'exemple de l'information de la caution: RDC avril 2008, p.587.

<sup>907</sup>Suivant cette logique , le « Groupe Grimaldi » proposait d'intégrer dans le Code civil un texte qui énoncerait que « la caution ne peut , sauf texte contraire, se prévaloir ni des causes de suspension et d'interruption des poursuites, ni des délais de paiement, ni de l'extinction totale ou partielle de l'obligation pouvant résulter d'une procédure de surendettement des particuliers ou de rétablissement personnel » : voir M. Grimaldi, « Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application, Rapport de synthèse », Petites affiches, n° spécial, 27 mars 2008, p 74 et s., spéc. II , « l'efficacité économique »: « l'efficacité économique suppose des sûretés qui répondent aux attentes des créanciers pour qui elles sont faites : des sûretés qui soient simples à constituer, rapides à exécuter, et par là même peu coûteuses ».



## **§1) L'IMPACT SUR LA CAUTION DE L'INFORMATION DU CREANCIER SUR LA DEFAILLANCE DU DEBITEUR PRINCIPAL**

Les aspects se rapportant à cette information du créancier sur la défaillance du débiteur ont été développé plus haut<sup>908</sup>. Aussi, nous ne reprendrons pas toutes les dispositions la concernant. Toutefois, compte tenu de son importance et de l'impact qu'elle peut avoir sur la caution, il convient de rappeler certains points. Lorsque la situation financière du débiteur principal est particulièrement préoccupante il est crucial d'en informer la caution sur les menaces qui pèsent sur elle d'être bientôt appelée en paiement par le créancier. Nous avons vu qu'avertie suffisamment tôt, le garant pouvait aisément agir auprès de la personne qu'elle cautionne ou prendre d'autres dispositions essentielles, comme payer immédiatement ledit créancier et ainsi avoir l'espoir d'échapper au règlement d'intérêts de retard et des pénalités pouvant être lourds de conséquences pour elle. En somme, cette information doit pouvoir servir d'électrochoc de nature à provoquer chez la caution le réveil qui l'incitera à prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter qu'elle même ne sombre dans l'engrenage du surendettement, en évitant par exemple de prendre d'autres engagements financiers. En ce sens, l'impact de cette information préventive est significatif.

La loi Neiertz consacrée au surendettement des particuliers et les lois qui suivront, comme l'article L.341-1 du Code de la consommation issu de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions et qui contraint à son tour « tout créancier professionnel d'informer la caution dès le 1er incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement », devaient rétablir par le biais de cette information particulière un esprit de loyauté entre les parties<sup>909</sup>. Ce point a pour complément direct un renouveau du rôle et de la place du devoir de coopération mis à la charge des créanciers à qui on demande d'adopter un comportement actif qui ne peut se réduire à la seule absence de mauvaise foi. Ils doivent faire preuve d'attention dans le suivi des dossiers de leurs débiteurs et en faire part aux personnes qui les ont cautionnées dès le constat du moindre problème de paiement. La conséquence se retrouve dans l'orientation de la sanction à l'encontre du créancier qui a failli à son devoir de

---

<sup>908</sup> 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 1, section 2.

<sup>909</sup> Nous avons étudié chacune d'entre elles avec la plus grande attention dans le grand II consacré à l'information ponctuelle relative aux difficultés de remboursement du débiteur (p.109). Aussi, si l'on souhaite mesurer leurs apports bénéfiques ou au contraire néfastes, nous pouvons très bien revenir sur ces aspects dans la partie énoncée.

diligence et qui donne l'occasion d'affirmer encore plus le but égalitaire de l'obligation. Nous avons constaté que cette sanction reste toutefois faible et n'est pas forcément de nature à encourager les créanciers redevables de l'information sur la défaillance du débiteur à s'investir davantage dans l'exécution de ce devoir qui leur incombe. Son efficacité demeure donc toute relative. Reste que rien n'empêche la caution, qui juge être victime d'un préjudice résultant de l'inertie du créancier, d'engager la responsabilité civile de ce dernier. Par exemple en démontrant que ce créancier a aggravé la situation précaire du débiteur et que par voie de conséquence a réduit toutes ses chances d'être remboursée après paiement par ledit débiteur.

En tout état de cause, la caution enfle alors un manteau confortable en se cachant derrière cette reconnaissance qui lui est due pour tenter de fuir ses obligations. D'autant que, derrière cette obligation d'information, nous dénotons une petite pointe d'hypocrisie car bien souvent, la caution est un proche du débiteur, comme le conjoint, et dispose déjà d'une certaine vision de la situation dans laquelle se trouve son cautionné. Néanmoins, si cette information permet à la caution d'agir auprès du débiteur pour l'inciter à honorer ses paiements avant l'issue fatale, elle présente aussi l'avantage d'influer sur le comportement excessif de certains créanciers qui peuvent abuser de leur position et de leur imposer de fait une « règle de juste conduite »<sup>910</sup>.

Il est néanmoins dommage que la multiplication des textes relatifs à l'information de la défaillance du débiteur n'oeuvre pas pour la clarté. Aussi, prenons garde, car « le trop d'attention qu'on a pour le danger, fait le plus souvent qu'on y tombe »<sup>911</sup>. C'est pourquoi, pour une plus grande efficacité de la mesure, nous suggérons une simplification du dispositif, par exemple en intégrant au droit commun du cautionnement dans le Code civil une seule obligation d'information en supprimant les textes spéciaux superflus source de confusions. Nous réitérons ici ce souhait que beaucoup d'auteurs ont émis avec force<sup>912</sup>.

---

<sup>910</sup>F.A Hayek, *Droit, Législation et liberté*, Tome 1, Règle et ordre, 1ère édition 1980, Trad. R.Audouin, PUF, Coll. Quadrige, 1995.; Voir aussi sur la notion, M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 411.

<sup>911</sup>J.de LA Fontaine, *Fables*, Livres XII, 18, Le renard et les poulets d'inde.

<sup>912</sup>A. Sbarthez, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement: l'exemple de l'information de la caution », *op.cit.*

## **§2) L'INFORMATION PONCTUELLE MISE A LA CHARGE DE LA COMMISSION DE SURENDETTEMENT**

Aux obligations légales spéciales , le législateur de 1998 a jugé opportun d'ajouter au bénéfice de la caution une information spécifique exigée en cas d'ouverture d'une procédure devant la Commission de surendettement des particuliers . Dès lors que cette dernière relève que c'est un cautionnement qui est pris en garantie de la dette , elle est tenue par l'article L.331-3 alinéa 3 C.cons. de faire part à la caution concernée , par lettre recommandée avec accusé de réception, de l'ouverture de ladite procédure . Le créancier , quant à lui , doit apporter sa contribution en renseignant la Commission sur les cautions avec lesquelles il a contracté et préciser les recours entrepris à leur égard<sup>913</sup> . En l'espèce , il s'agit d'éviter que le créancier ne profite de la situation en se faisant payer deux fois le montant restant de la dette . En effet , cette méthode décriée par beaucoup et notamment par Madame Neiertz<sup>914</sup> consistait pour le créancier à faire d'abord appel en paiement la caution , puis ensuite d'intégrer les dettes concernées dans le plan amiable . Il était ainsi sûr d'être remboursé .

Animée par la même volonté de sensibiliser la caution au risque imminent de voir la sûreté activée du fait de la défaillance du débiteur , cette information entend également faire prendre conscience du danger de l'endettement dans lequel elle pourrait tomber . Une mesure qui crée un sursaut chez le garant en l'intégrant au processus d'aide au débiteur principal surendetté .

Cette disposition concerne toutes les cautions sans restrictions catégorielles, qu'elles soient physiques ou morales. D'application générale, l'information profite donc à toutes les cautions. Ce qui est une bonne chose si l'on songe aux innombrables informations en faveur des seules cautions physiques . Néanmoins, il n'est pas certain que la Commission de surendettement , dans la pratique , traite avec les mêmes égards les cautions personnes morales et physiques . Ces dernières présumées plus faibles et vulnérables feront probablement l'objet de plus d'attention de la part de cette instance . Elle sera plus réceptive à certaines de leurs observations mettant en lumière par exemple la crainte d'être exposée à son tour au surendettement .

---

<sup>913</sup>Article L.331-3 alinéa 7 C.cons.

<sup>914</sup>Voir doc. AN , n°856 , p.53 ; G. Picod , Doc. Sénat , n°473 , p.89 .

L'information délivrée par la Commission de surendettement est intéressante . Pourtant , il n'est pas certain qu'une telle information change réellement la donne pour la caution qui , en principe a déjà été informée au nom de l'article L.341-1 C.cons. des difficultés financières rencontrées par le cautionné et aussi parce que l'article L.331-3 al.3 n'est assorti d'aucune sanction en cas d'omission par la Commission de l'obligation légale . Ceci étant , dès réception du courrier l'avertissant de l'ouverture de la procédure de surendettement , la caution a l'opportunité dans un délai de 30 jours , de faire connaître par écrit ses moyens de contestations , ses remarques , y compris en y indiquant les sommes qu'elle a déjà acquittées au créancier du surendetté en exécution de son engagement . Toutefois , il convient de souligner que la caution n'est en aucun cas libérée et demeure tenue de régler la dette garantie si le créancier lui en fait la demande . Autant dire que l'absence de sanction nuit inévitablement à l'efficacité de la mesure .

Si Toutefois la caution n'a pu être informée en raison de l'ignorance par la Commission de l'existence du cautionnement , la caution qui se sent lésée pourra toujours poursuivre le créancier négligent sur le terrain de la responsabilité civile . Ecartée de la procédure, son préjudice , dans ce cas , résultera d'une perte de chance, celle de ne pouvoir soumettre à la Commission de surendettement ses observations et d'être privée de l'opportunité de soulever les moyens de défense appartenant au débiteur. Ce point est d'une importance capitale car l'intervention de la Commission peut véritablement faire la différence et rendre la démarche de contestation de la créance entreprise par la caution plus facile .

### **§3) L'INOPPOSABILITE A LA CAUTION DES MESURES DE TRAITEMENT DU SURENDETTEMENT CONSENTIES AU DEBITEUR PRINCIPAL**

Ainsi , si le débiteur ne peut plus faire face à ses dettes qui deviennent de plus en plus oppressantes , il n'a plus d'autres choix que de déposer une demande de surendettement . Si celle-ci s'avère recevable , la Commission de surendettement saisie passe en revue toutes ses dettes afin de trouver un terrain d'entente entre le débiteur et ses créanciers ; un accord qui débouche le plus souvent sur des remises de dettes ou des reports d'échéances. La caution dudit débiteur peut-elle en espérer autant ?

Sur ce point , le législateur s'est montré bien silencieux . C'est donc à nouveau à la jurisprudence qu'il appartient de trancher . Celle-ci l'a fait en privilégiant l'engagement de la caution afin de préserver l'efficacité de la sûreté personnelle . En effet , la Haute juridiction , dans un arrêt du 13 novembre 1996<sup>915</sup>, « au mépris de l'accessoire du cautionnement »<sup>916</sup>, refuse à la caution la possibilité d'invoquer à son profit les remises faites au débiteur principal pour se dérober . Dès lors, lorsque le débiteur se voit octroyer des reports ou un rééchelonnement de sa dette suite à un plan de surendettement, cela n'engendre aucune conséquence sur l'obligation de la caution envers laquelle elle reste tenue. Une solution que confirmera la Cour de cassation par la suite<sup>917</sup>. Cette position peut être critiquable au regard de l'article 1287 alinéa 1 C. civ. , selon lequel « la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions » . Mais la Cour de Cassation énonce que même volontaires, ces remises ne pouvaient être assimilées à des remises de dettes au sens de l'article 1287 du code civil et profiter à la caution. Selon les juges , il ne s'agit pas d'exceptions personnelles à la dette , la caution ne peut donc s'en prévaloir .

La rigueur de cette jurisprudence à l'égard des cautions fait le bonheur des créanciers qui voient ainsi leurs intérêts préservés par le rétablissement du jeu normal de la sûreté. Finalement, quoi de plus naturel suite à la défaillance du débiteur<sup>918</sup>. En outre, rappelons que seul le débiteur est concerné par la procédure de surendettement. De fait, alors que le débiteur bénéficie de délais ou de remises, il est compréhensible que la caution puisse être poursuivie suite à un événement contre lequel on l'avait justement exigée . Mais cette position sévère a fait l'objet de vives critiques car elle risque de remettre en cause le dispositif de protection des

---

<sup>915</sup>Cass.civ. 1re, 13 novembre 1996; D.1997, p.141, concl. Sainte-Rose, note T. Moussa; Defrénois 1997, p.292, note L. Aynès; D.1997, Somm.178, obs. D. Mazeaud ; JCP.G.1997.II.22780, note Ph. Murry ; JCP.E. 1997.II.903, note D. Legeais ; LPA, 31 janvier 1997, p.15, note L. Aynès; Gaz. Pal. 20-21 juin 1997, 142, obs. Paisant ; RTDciv. 1997, p.190, obs.P. Crocq, n°128; Rjcom.1997, p.237, note M. Farge et X. Pin.

<sup>916</sup>D. Legeais, op. cit.

<sup>917</sup>Ex. d' arrêts dans lesquels la Cour de Cassation exclue la caution des remises ordonnées par le juge de l'exécution: Cass.civ. 1re, 26 avril 2000, Bull.civ.I.n°122, p.81; Gaz. Pal.2000, 2, pan. , p.29; JCP.E.2000; Cass.1ère civ. , 18 octobre 2000 , RD bancaire et fin. novembre-décembre 2000, p.222 , obs. D. Legeais ; Cass.civ. 1re, 3 mars 1998, n°95-20.917; RTDciv.1998, p.424, obs.P. Crocq ; JCP.E.1998, p.1311, obs. S. Piedelievre; RTDcom.1998, p.413, obs. Paisant; ; RD. bancaire et bourse, 1998, p.110, obs. M. Contamine-Raynaud: Les juges retiennent que « le redressement judiciaire civil ne prive pas le créancier des garanties qui lui ont été consenties; que la caution ne peut se prévaloir, pour se soustraire à son engagement des mesures arrêtées par le juge en faveur des débiteurs surendettés ».

<sup>918</sup>C. Marie, « Cautionnement. et surendettement: une rencontre à risques »; Rev. Proc. Coll. , déc. 2005, p.348 ; X.A. Bac, « De la notion de contrat en cours dans le cadre des procédures collectives et ses grandes conséquences, notamment pour les cautions; JCP.E.2000, p.22.

cautions<sup>919</sup>. L'inquiétude se situe surtout au niveau du recours en remboursement dont bénéficie la caution qui a payé à l'encontre du débiteur principal, puisqu'une telle action aura à coup sûr un effet négatif sur l'exécution du plan de traitement du surendettement élaboré avec les créanciers qui risque d'être mis en échec. Une solution serait pourtant envisageable. Elle consisterait à intégrer la caution au plan ou à obtenir la clémence du créancier qui accepterait de ne pas poursuivre ladite caution<sup>920</sup>. Une telle parade est toutefois rarement utilisée en pratique. Ce qui est regrettable, c'est que la loi n'ait pas apportée de précisions sur cette question des remises et délais dont pourrait profiter la caution. Dans l'attente, il est à craindre pour les cautions d'être encore longtemps soumises à ce régime qui leur est défavorable<sup>921</sup>.

Parfois, certains débiteurs sont dans un gouffre financier tellement grave qu'une procédure ordinaire comme un plan conventionnel de redressement ne peut suffire à les aider à s'en sortir. Pour toutes ces personnes de bonne foi<sup>922</sup>, touchées par un endettement conséquent rendant « leur situation irrémédiablement compromise », un nouveau dispositif ayant pour finalité l'effacement des dettes des naufragés a vu le jour. Instituée par la loi n°2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, dite « loi Borloo »<sup>923</sup>, cette procédure connue sous le nom du rétablissement personnel sera porteuse d'espoir, de renaissance pour ces débiteurs étranglés par des dettes qu'ils ne pourront manifestement jamais rembourser et pour qui le dispositif classique mis en place par la loi Neiertz<sup>924</sup> s'avère inopérant. C'est une procédure très spéciale qui s'inspire de la « faillite civile ». Qu'il soit avec ou sans liquidation judiciaire<sup>925</sup>, le rétablissement personnel conduira à l'effacement des dettes privées du débiteur principal<sup>926</sup>. Mais les risques d'abus étant toujours présents, cette mesure sera strictement limitée puisque toutes les dettes non professionnelles sont susceptibles d'être effacées, sauf celles se rapportant « aux amendes ou réparations pécuniaires issues d'une condamnation pénale », en sont également exclues les

---

<sup>919</sup>D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9ème éd., 2013, p.186.

<sup>920</sup>D. Legeais, *op. préc.*

<sup>921</sup>S.Djidara-Decaix, « Le nouveau visage des procédures de surendettement des particuliers », *Rev. proc. coll.* juillet-août 2010, p.10.

<sup>922</sup>La bonne foi peut être définie comme « un comportement loyal que requiert l'exécution d'une obligation : attitude d'intégrité et d'honnêteté », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10ème éd., Paris, PUF, 2013, p.133.

<sup>923</sup>Entrée en vigueur le 27 février 2004.

<sup>924</sup>Loi Neiertz du 31 décembre 1989.

<sup>925</sup>Tout dépend de la situation patrimoniale du débiteur. En effet, soit le débiteur ne possède pas de biens de valeur pouvant être vendus pour contribuer au remboursement de la dette et dans ce cas, l'intéressé fera l'objet d'un rétablissement sans liquidation ; soit il en est autrement et c'est un rétablissement avec liquidation qui sera privilégié.

<sup>926</sup>Art. L330-1 C.cons.

dettes alimentaires (comme les pensions alimentaires) , ou encore et surtout les dettes dont le montant a été réglé par une caution ou un coobligé personne physique au lieu et place du débiteur surendetté<sup>927</sup> . Ainsi , la caution , personne physique<sup>928</sup> , qui a payé conserve toujours le droit de réclamer au cautionné sa créance<sup>929</sup> .

Cet immense privilège consistant pour le débiteur « à ne pas payer ses dettes » implique inexorablement un énorme sacrifice du créancier qui voit ses chances d'être remboursé s'envoler par la grâce du législateur . Une évolution normale si l'on en croit certains écrits où le débiteur est présenté comme une victime du système et du créancier qui a pêché par son comportement désinvolte et peu scrupuleux à l'égard de « cette proie facile » qu'est son cocontractant . C'est pourquoi , « le spectre du surendettement domine un grand nombre de réformes et l'attitude des tribunaux . La dette est considérée comme un poids dont il faut donner des occasions de se débarrasser . L'idée est que le surendettement est probablement de la faute du créancier qui n'a pas respecté certains devoirs<sup>930</sup> . Le créancier est donc appréhendé comme un personnage sournois , calculateur , qui n'hésite pas à embarquer son contractant dans les affres de l'endettement pour assouvir ses propres intérêts . Diabolisé , le juge et le législateur auront à son égard peu de compassion et feront en sorte de restreindre son pouvoir de contrainte contre le débiteur en difficulté<sup>931</sup> .

La caution, bénéficiera t-elle de cet effacement des dettes ? Le fait qu'il n'y ait pas de texte pour nous renseigner , on devrait pouvoir répondre positivement à cette interrogation en faisant prévaloir le caractère accessoire du cautionnement<sup>932</sup> . Mais considérant la position antérieure de la jurisprudence en matière de surendettement particulièrement attachée au maintien de l'efficacité de la sûreté personnelle, on imagine que la même sévérité sera appliquée et ce , au motif rappelons le , que l'effacement des dettes non professionnelles reste une mesure « strictement personnelle au débiteur principal » et n'a en conséquence aucune incidence sur l'engagement de la caution qui demeure tenue au respect de son obligation à l'égard du créancier .

---

<sup>927</sup> Art. L.332-5 C.cons.

<sup>928</sup> La caution personne morale ne peut en revanche se prévaloir de ce recours contre le débiteur .

<sup>929</sup> Art. L332-9 C.cons.

<sup>930</sup> L. Aynès , « L'actualité jurisprudentielle en matière de sûretés personnes » , RLDC , 2007/35 , p.38 .

<sup>931</sup> D. Mazeaud , « L'endettement de l'acquéreur » , RD imm.1995 , p.641 , spéc. n°6 .

<sup>932</sup> D. Legeais , op.cit. ; V. Vigneau , G. Xavier-Bourin et C. Cardini , « Droit du surendettement des particuliers » , Litec 2012 , n°536 .

Le sort de la caution dans les procédures de traitement du surendettement et celles relatives au rétablissement personnel avec ou sans liquidation judiciaire n'est décidément pas des plus enviables . Peu protégée , la caution en aura pour son grade de « débiteur de renfort » . Le message qui lui est envoyé est on ne peut plus clair , le dispositif légal est là avant tout pour venir au secours du débiteur surendetté , quant à elle , elle est débitrice d'une parole donnée qu'elle doit honorer .

Il va de soi que si la caution est elle même confrontée à une situation de surendettement, la procédure dont elle fera l'objet lui permettra d'invoquer les mesures dues à tout débiteur surendetté, et ainsi faire obstacle aux poursuites du créancier. De fait, il lui sera tout à fait possible de soulever, à titre personnel, l'application de l'article 1244-1 du Code civil afin d'obtenir du juge un report ou un échelonnement des sommes dues, et ce dans la limite de deux années.

De plus, l'appel du législateur à une « modération des poursuites contre la caution », assure un risque limité à la personne physique qui s'est portée caution, en lui garantissant un minimum de ressources<sup>933</sup> . Ce « reste à vivre » initialement prévu pour le débiteur surendetté qui bénéficie d'un plan conventionnel de redressement est ainsi élargie aux cautions personnes physiques qui peuvent encore par cette mesure tempérer l'action du créancier<sup>934</sup>.

Les conséquences de l'ouverture des procédures mises en place pour aider les particuliers endettés sur le cautionnement sont finalement moindres . Le caractère accessoire étant écarté , le cautionnement joue pleinement son rôle de sûreté en permettant au créancier de poursuivre la caution dès lors qu'est constatée la défaillance du débiteur principal . En sera t-il de même dans les procédures collectives ? . Au regard de l'examen opéré en ce domaine , nous verrons que les solutions sont moins tranchées et que c'est la voie du compromis qui prend le pas<sup>935</sup>.

Monsieur Legeais a pu écrire, « la poursuite d'une caution tend à devenir une course d'obstacles »<sup>936</sup>. Des obstacles, les créanciers vont aussi en rencontrer dans le cadre des procédures collectives. Leur droit de poursuite sera sensiblement affecté par les restrictions

---

<sup>933</sup>Art. 2301 C.civ. « en toute hypothèse, le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources fixé à l'article L.331-2 du Code de la consommation ».

<sup>934</sup>C.Houin-Bessand, « La caution en difficulté » , Mélanges D. Tricot, 2011.

<sup>935</sup>D.Legeais , Sûretés et garanties du crédit, op.cit.

<sup>936</sup>D. Legeais, préc.



apportées par le législateur dont l'attention est accaparée par l'intérêt supérieur de l'entreprise en difficulté . Les bouleversements financiers perturbent fortement l'activité économique . La décélération de la productivité est patente et la vague de fermetures des entreprises est devenue un facteur d'instabilité particulièrement inquiétant qui va avoir une importante répercussion sur le comportement des créanciers plus sujets à la méfiance . Malgré les petits frémissements observer en mai 2015 , la croissance économique peine à s'installer . Et parce qu'encore une fois « les bons sentiments ne font pas toujours les bons textes » , on va se rendre compte que les valeurs essentielles comme la sécurité juridique , le respect de la parole donnée qui dominaient dans le contrat de cautionnement et qui faisaient de cette sûreté personnelle un modèle au sein des garanties , ne seront que de vagues notions qui nourriront à la fois espoirs et craintes . Pas toujours à la hauteur des attentes des créanciers dans ces procédures collectives qui peuvent être lourdes de conséquences<sup>937</sup> , le cautionnement va être mis à l'épreuve .

## **SECTION 2 : L'INSTRUMENTALISATION DU CAUTIONNEMENT DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES OUVERTES A L'ENCONTRE DU DEBITEUR PRINCIPAL**

Les crises économique, financière et sociale que nous traversons, nous enseignent qu'il existe dans la vie d'une société des périodes de remise en cause qui doivent se suivre d'une remise en ordre. Ces périodes exigent de l'audace qui passe par des réformes cohérentes et efficaces qui répondent aux besoins des individus . Prenant la mesure des enjeux qui pèsent sur le droit des entreprises en difficulté qui « est devenu un des paramètres de la compétitivité de la législation d'un Etat , un élément d'attractivité »<sup>938</sup> , le législateur va faire de cette matière un « laboratoire expérimental » qui doit fournir le remède aux problèmes de la compétitivité , du chômage , de l'exclusion ... Une ambition qu'il entend atteindre à coups de réformes qui vont

---

<sup>937</sup>« La crise financière internationale a suscité un regain d'intérêt pour le droit du crédit et pour le droit des sûretés en particulier. Le spectre de faillites en chaîne à raison du fameux « effet domino », celui d'une résurgence du chômage et d'une crise dite « systémique » sont aujourd'hui plus vifs que jamais... Cette crise pose avec une acuité particulière la question de l'efficacité des sûretés et, notamment, de leur capacité à résister à la procédure collective de débiteurs défaillants toujours plus nombreux. En effet, le but de toute sûreté est de « garantir l'exécution d'une obligation » afin de prémunir le créancier contre tout risque de défaillance de son débiteur » : P. Dupichot, « L'efficacité économique du droit des sûretés personnelles », extrait tiré de conférences qui ont eu lieu dans le cadre des Chaires de droit continental créées par la Fondation pour le droit continental au sein de l'Ecole de droit de Keio (Tokyo) et de l'Université Diego Portales (Santiago du Chili) .

<sup>938</sup>T. Favario , « De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté » , Rev. proc. coll. , juill-août 2009.

surtout depuis 2005 , s'imposer à un rythme décapant<sup>939</sup>. En effet , pour enrayer l'inflation des procédures de liquidations judiciaires , le législateur développe des mécanismes attractifs destinés à prévenir , traiter les difficultés des entreprises avec l'espoir que sur chaque chemin débouchera une bonne issue<sup>940</sup> . Pour ce faire , l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 , entrée en vigueur le 1er juillet 2014<sup>941</sup> , est venue remanier le dispositif existant en favorisant le recours aux mesures préventives tout en offrant de nouvelles perspectives aux créanciers . L'objectif est d'intervenir en amont en encourageant les dirigeants de ces entreprises défaillantes à agir le plus tôt possible afin d'éviter le pire . Cette action législative s'intègre dans la continuité des lois précédentes comme la loi de sauvegarde n°2005-845 du 25 juillet 2005<sup>942</sup> à laquelle l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008<sup>943</sup> apportera certaines

<sup>939</sup>Voinot D. , Procédures collectives , Montchrestien , 2ème éd. 2014 ; Code des entreprises en difficulté 2014 , commenté sous la direction de C. Saint-Alary Houin , Lexis Nexis , Code bleu , 3ème éd. , 10/2013 ; P-M Le Corre , droit des entreprises en difficulté , coll. « Mémento », Dalloz , 5ème éd. 2013 ; F. Pérochon , Procédures collectives – Réserve de propriété et des revendications , LGDJ , Systèmes , 2014 ; Ph. Pétel , Procédures collectives , Cours Dalloz , Droit privé , 8ème éd. 2013 ; M-L Coquelet , Entreprises en difficulté , Instruments de paiement et de crédit , coll. « Hyper cours » , Dalloz , 5ème éd. 2013 ; A. Jacquemont , Droit des entreprises en difficulté , Litec , coll. « Manuels » , 8ème éd. 2013 ; Ph. Roussel Galle , Entreprises en difficulté , Lexis Nexis , Droit 360° , 2012 ; Code des procédures collectives , A. Lienhard et P. Pisoni , Dalloz , 9ème 2011.

<sup>940</sup>F. Aubert , « Les finalités des procédures collectives » , in Prospectives du droit économique , Dialogues avec M. Jeantin , Dalloz , 1999 , p.367 et svt.

<sup>941</sup>Décret d'application n°2014-736 du 30 juin 2014 , JO 1er juillet 2014 , p.5249 ; P-M. Le Corre , « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté » , D. 2014 , n°12 , p.734 ; A. L. Khov , P. Rossi , M. Lobry , Igelman , A.C. Soulard , « Quelques idées- forces de la réforme du droit des entreprises en difficulté » , LPA , 25 juillet 2014 , p.7 ; R. Damman et G. Podeur , « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 » , D. 2014 .752 ; A. Lienhard , Ordonnance de réforme : mesures de prévention des difficultés » , D.2014 , n°11 , 661 ; P-M. Le Corre , « Droit des entreprises en difficulté » , juillet 2013-juillet 2014 , D.2014 , n°37.2147 ; Ph. Pétel , Sauvegarde , redressement et liquidation judiciaire , JCP E 2014 . n°37. 1447 ; A. Lienhard , « Réforme du 12 mars 2014 , publication du décret d'application » , D.2014 , n°25 . 1447 ; Ph. Roussel Galle , « Réforme du droit des entreprises en difficulté : à propos du décret du 30 juin 2014 » , JCP E 2014 , n°39 . 1479 ; « Un nouveau droit des entreprises en difficulté , plus efficace et plus équilibré » , Dossier collectif sous la direction de M. Menjucq : un nouveau souffle pour les procédures collectives , Rev. proc. coll. , mars-avril 2014 , p.34 ; F. X. Lucas , Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives , Bull. Joly entreprises en difficulté mars-avril 2014 , p.11 ; Ph. Roussel Galle , « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014 : des outils plus performants , une meilleure sécurité juridique et des équilibres renouvelés » , Rev. sociétés 2014 , p.351 ; Ph. Pétel , « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! » , JCP E 2014 . 1223 ; J.P. Legros , « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 » , Dr. sociétés 2014 , étude 11 .

<sup>942</sup>C. Saint-Alary-Houin , « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité , rupture ou retour en arrière ? » , Dr. et patr. janv. 2005 . 24 ; A. Jacquemont , « La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers » , Rev. proc.coll. 2004 , n°6 , 290 ; P-M . Le Corre , Le privilège de conciliation , Gaz. pal. 7-8 sept. 2005 , p.50 et svt. ; C. Saint-Alary- Houin : « La procédure de conciliation » , Rev. proc. Coll. 2006 .169 ; Ph. Roussel-Galle , « La procédure de sauvegarde : Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice » , JCP E 2006 , 2437 ; J.P. Legros , « Les mesures de prévention du nouveau Titre 1 du Livre IV du Code de commerce » , Dr. sociétés 2005 , n°25 , p.9 .

<sup>943</sup>P. Crocq , « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés » , JCP E 2009 . 1313 ; Ph. Pétel , « Le nouveau droit des entreprises en difficulté , Acte II , commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 » , JCP E 2009 . 1049 ; P-M. Le Corre , « Réforme du droit des entreprises en difficulté , ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 et décret n°2009-160 du 12 février 2009 » , D.2009.638 et svt. ; G. Teboul , « La réforme du Père Noël : la prévention et la sauvegarde » , Gaz. Pal. Janv. 2009 , p.6 ; F. Macorig-Venier et C. Caviglioli , « Le point sur la conciliation » , in Pratique contentieux et réforme de la loi de sauvegarde , Rev.

corrections aux imperfections constatées qui , elle même subira des ajustements par les lois du 22 octobre 2010 et loi du 17 mai 2011<sup>944</sup> . « Un mille-feuilles » législatif qui donne le sentiment d'un droit en quête d'un idéal difficilement réalisable . Toujours utile que les efforts fournis par le législateur sont encourageants et son souci d'aider les débiteurs en leur accordant certaines largesses est fort louable .

Le débiteur principal étant à l'abri de toute poursuite du créancier , c'est tout naturellement que ce dernier va se tourner vers la caution pour réclamer son dû . Malheureusement , cela ne se fera pas sans encombre<sup>945</sup> . Bien décidée à ne pas supporter le poids définitif de la dette , la caution va s'appuyer sur le caractère accessoire de l'obligation principale .

Le législateur va dès lors intégrer ce paramètre essentiel dans les procédures collectives en faisant en sorte que la caution en profite toutes les fois que la procédure mise en place privilégiera la prévention (§1 ) . Mais, le caractère accessoire du cautionnement est parfois présenté comme un mal dont il est impossible de se débarrasser et qui obère l'efficacité de la sûreté lorsqu'une procédure collective est ouverte contre le débiteur principal . Conscients de cet effet néfaste du cautionnement , les créanciers vont alors avoir tendance à s'orienter vers d'autres sûretés plus en adéquation avec leur principale préoccupation , être payé ! Aussi , le droit des entreprises en difficulté , a dû entrer dans ses données cet autre paramètre en faveur cette fois du créancier qui aspire légitimement à un renforcement de ses droits contre la caution . Cet objectif sera plus ou moins atteint au stade des procédures curatives qui dénatureront plus ou moins le cautionnement en écartant davantage son caractère accessoire (§2) .

---

proc.coll.2008 , 78 .

<sup>944</sup>C. Saint-Alary-Houin , « Le périmètre du droit de la défaillance économique » , Rev. proc. coll. 2011, Dossier 1 ; Ph. Roussel-Galle , « L'ouverture des procédures » , in « Dossier Réforme du droit des entreprises en difficulté » , D. 2009 . 644 .

<sup>945</sup>P. Crocq , « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés » , D. 2006 , 1306. 11565 ; N. Rontchevsky , « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises » , Banque et droit , n°105 , février 2006 ; P. Crocq , Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés , Droit et patr. n°146, mars 2006 ; C. Berger, « Le sort de la caution en cas de cession de contrat dans le cadre d'une procédure collective » , D.2003, 1632 ; C. Houin-Bressand, « Cautions, garants et coobligés dans les procédures collectives » , Rev. proc. coll. 2006 . 112 et svt. ; O. Salvat , « La situation des garants dans les procédures collectives » , Rev. proc. Coll. 2006. 147 ;

## **§1) LES INTERETS DE LA CAUTION PRESERVES DANS LES PROCEDURES PREVENTIVES**

Ce que mettent en relief les multiples dysfonctionnements apparus avec le droit de la faillite, c'est en réalité la difficulté du débiteur principal, redoutant le caractère répressif des anciennes procédures, de manifester rapidement les problèmes qu'il rencontrait et qui débouchait malheureusement sur une cession des paiements. Pour éviter cela , le législateur va au fil du temps , rehausser l'image du débiteur défaillant pour en faire un acteur principal digne d'intérêts dans les procédures collectives .

Aussi , « mieux vaut prévenir que guérir »<sup>946</sup> , deviendra le leitmotiv du législateur . Un message fort à destination des chefs d'entreprises , avec la volonté particulière de promouvoir l'anticipation des dirigeants cautions des dettes de leur société . Comment ? En restaurant la règle de l'accessoire qui implique que , dépendant entièrement de l'obligation principale , « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur , ni être contracté sous des conditions plus onéreuses »<sup>947</sup> . Cette symétrie doit en principe permettre à la caution de se prévaloir des faveurs faites au débiteur principal<sup>948</sup> . Mais ces dernières diffèrent d'une procédure à l'autre, ce qui rend la matière extrêmement complexe. C'est pourquoi, pour des raisons de compréhension, il convient de les analyser une à une , en commençant par le mandat ad hoc (A), suivie par la conciliation (B), le règlement amiable agricole (C) et la procédure de sauvegarde (C ) .

---

<sup>946</sup>P.-M. Le Corre , « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté » , op. cit.

<sup>947</sup>Art. 2290 al. 1 C. civ.

<sup>948</sup>P. Crocq , Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement , Mélanges Malaurie, Defrénois , 2005 , p.171 .

## **A) LA CAUTION DANS LA PROCEDURE AMIABLE : LE MANDAT AD HOC**

Pour être précis , le mandat ad hoc n'est pas à proprement parlé une procédure mais une technique<sup>949</sup> consistant à traiter en amont les difficultés rencontrées par l'entreprise<sup>950</sup> . En ce sens , le chef d'entreprise doit faire la demande de la nomination d'un mandataire ad hoc auprès du président du tribunal de commerce s'il est commerçant ou artisan , ou du président du tribunal de grande instance dans les autres cas<sup>951</sup> . Le mandataire ad hoc ainsi désigné devra entamer des négociations entre le débiteur et ses principaux créanciers , et ce dans la plus grande confidentialité qui crée un climat d'apaisement . Cette technique de prévention doit donc déboucher sur des solutions amiables qui satisferont tous les protagonistes . Pour le débiteur elles se manifesteront notamment par l'obtention des créanciers de délais ou de remises de dettes.

Le mandat ad hoc est de nature contractuel. Le juge ne peut rien imposer aux créanciers . S'il y a accord , il se fera entre ces derniers et le débiteur . De fait , pour la caution c'est le droit commun qui trouve à s'appliquer . En conséquence , ladite caution aura l'opportunité de réclamer les remises conventionnelles ou la prorogation du terme consenties au débiteur principal .

Si la désignation d'un mandataire ad hoc s'avère insuffisante et que les difficultés de l'entreprise ne peuvent être résolues dans ce cadre , une autre voie s'offre au débiteur , celle de la conciliation .

---

<sup>949</sup>C Delattre , E. Etienne-Martin , « Prévention : le mandat ad hoc et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? » , Rev. proc. coll. , mars-avril 2014 , p.37 .

<sup>950</sup>Ch. Thévenot , « Mandat ad hoc et conciliation : de nouveaux outils pour une meilleure prévention » , LPA , 17 février 2006 , p.14 ; Ph. Roussel-Galle , « Prévention , dynamique de l'anticipation : le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 » , LPA n°138 , 12 juillet 2006; F. Vinckel , « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté , analyse des risques » , LPA 12 juin 2006 , p.7 .

<sup>951</sup>Art. L611-3 C.com .

## **B) LE RENFORCEMENT DE LA PREVENTION PAR LA CONCILIATION**

### **SOUCIEUSE DE LA CAUTION DIRIGEANTE**

Le traitement précoce des difficultés de l'entreprise permettant d'éviter une procédure lourde et contraignante passe aussi par une conciliation . La procédure de conciliation succède à l'ancien dispositif de prévention des difficultés de l'entreprise , le règlement amiable<sup>952</sup> . Institué par la loi du 1er mars 1984 , ce dernier qui avait pour objectif « le traitement prophylactique »<sup>953</sup> des entreprises . Ne remplissant pas totalement la mission qui lui avait été assignée , il devait être rénové par la loi du 26 juillet 2005 par une procédure plus attractive et surtout plus efficace . Le règlement amiable prendra alors avec la loi de sauvegarde des entreprises le nom de conciliation . Cette dernière , à l'image de l'ancienne procédure , doit avec l'intervention d'un conciliateur aboutir à la conclusion d'un accord négocié entre le débiteur et ses créanciers . La caution n'est pas partie à l'accord amiable ! Peut-elle dès lors se prévaloir des faveurs accordées au débiteur principal ?

Depuis son instauration , la conciliation connaît un certain succès que la réforme de 2014 a voulu amplifier . Les innovations en la matière seront importantes , y compris pour la caution. En effet , pour la rendre encore plus attractive aux yeux des dirigeants , la loi a assoupli certaines mesures ou au contraire en a renforcé d'autres pour garantir l'efficacité de la conciliation<sup>954</sup> . Mais, nous nous référerons ici uniquement à celles qui intéressent les cautions.

Procédons par étapes . Lors de la recherche de l'accord , si le débiteur principal est poursuivi ou mis en demeure par le créancier , ledit débiteur a la possibilité de saisir le président du tribunal qui a ouvert la conciliation afin d'obtenir des délais de grâce en application des articles 1244-1 du Code civil à 1244-3 C.civ. . La suspension provisoire des poursuites doit garantir les chances d'une adoption définitive d'un accord amiable . Auparavant , l'ouverture de la procédure de conciliation n'avait aucune incidence sur les cautions . Désormais , l'ordonnance du 12 mars 2014 , ayant modifié l'article L.611-10-2 al. 1 du Code commerce ,

---

<sup>952</sup>F. Macorig-Venier , « Du règlement amiable à la conciliation » , RPC 2005 , 352 ; C. Sainte-Alary-Houin , « La procédure de conciliation et la loi de sauvegarde des entreprises : de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies » , RPC 2007 , p.13 .

<sup>953</sup>M-L. Coquelet , Entreprise en difficulté , Instruments de paiement et de crédit , Dalloz , 4ème éd. , 2012 .

<sup>954</sup>P-M. Le Corre , « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté » , op. cit.

leur ouvre la porte des délais de grâce que le débiteur principal a obtenu durant la recherche de l'accord , sans que ces garants n'aient besoin de saisir le juge . Une belle opportunité qui leur fait gagner un temps précieux . Toutefois , au cours de l'exécution de l'accord , cette solution ne leur sera malheureusement pas appliquée .

Une fois que les négociations ont permis de dégager un accord amiable , soit ce dernier est simplement constaté par le juge , soit soumis à une homologation . Tous deux produiront des effets positifs à l'égard du débiteur , comme l'obtention de délais ou remises de dettes . En principe , et en vertu de l'effet relatif des conventions , ses dispositions ne s'imposent qu'à ceux qui ont signé l'accord amiable , en l'occurrence le débiteur et ses créanciers . La caution n'étant pas signataire audit accord , elle ne devrait pas en bénéficier . Mais , la loi a évolué dans ce domaine pour intégrer « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » au dispositif .

En effet , après que la loi du 25 juillet 2005 ait commis l'énorme erreur de limiter le bénéfice des dispositions contenues dans un accord de conciliation aux cautions que dans le cas où cet accord était homologué , l'ordonnance du 18 décembre 2008 est heureusement venue corriger cette incohérence en abrogeant l'alinéa 3 de l'article L.611-10 C.com. en le remplaçant par un nouvel article L.611-10-2 al. 1er C.com. . Désormais , les cautions peuvent se prévaloir des remises de dettes et délais de paiement octroyés à la personne cautionnée par ses créanciers , et ce que l'accord soit homologué ou simplement constaté . Une question de bon sens qui s'inscrit toujours dans l'optique de pousser les dirigeants cautions à solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation. Le principal argument soulevé est le caractère accessoire du cautionnement . De fait , la normalité veut que le créancier qui a octroyé « généreusement » des faveurs au débiteur ne puisse pas non plus agir contre la caution ; d'autant que la caution qui subirait une telle injustice ne manquerait pas de brandir aussitôt et , même avant paiement, son recours contre le débiteur . Or , un tel effet serait contreproductif et anéantirait à coup sûr l'intérêt de l'accord amiable<sup>955</sup> . D'où la nécessité dans la pratique de faire participer la caution à cet accord.

D'autant que la Cour de Cassation, dans un arrêt relatif à un règlement amiable, avait permis à

---

<sup>955</sup>Ch. Delattre , « Prévention : amélioration de la conciliation » ; Rev. proc. coll. 2009 , n°1 , dossier « Réforme des procédures collectives , ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 » , p.37.

la caution de bénéficier des délais et remises accordés au débiteur principal<sup>956</sup>. Ce « bug législatif »<sup>957</sup> étant résolu, la règle concerne aussi bien les cautions personnes physiques que les personnes morales. En utilisant une formule large dans l'article L.611-10-2 du C.com.<sup>958</sup>, le législateur a voulu couvrir la protection d'un grand nombre de cautions, notamment celles qui se sont engagées solidairement.

Se dégage donc un accroissement certain de la protection du dirigeant social caution des dettes de l'entreprise. Une évolution qui se manifesterait également au sein du règlement amiable agricole dans lequel la réforme de 2014 apporterait une modification notable au profit des cautions personnes physiques.

### **C) LA PROTECTION DE LA CAUTION DANS LE REGLEMENT AMIABLE AGRICOLE**

Le règlement amiable agricole est une procédure propre aux entreprises agricoles qui ne peuvent bénéficier d'une procédure de conciliation<sup>959</sup>. Désormais, au cours de la recherche de l'accord amiable, les cautions personnelles, personnes physiques pourront invoquer la suspension provisoire des poursuites en vertu de l'article L.351-5 du Code rural. Cette disposition se calque sur la règle énoncée dans le cadre de la période d'observation du redressement judiciaire où le créancier devra attendre la fin de cette période avant d'actionner la caution. De fait, la suspension des poursuites qui arrête le cours des intérêts sera étendue aux garants personnes physiques, et donc aux cautions<sup>960</sup>. Une bonne nouvelle, qui grâce à ces mesures accentueront certainement l'attrait du règlement amiable agricole. Néanmoins, le créancier qui ne pourra poursuivre la caution durant la recherche de l'accord, aura la faculté de prendre des mesures conservatoires à son égard afin de l'empêcher d'organiser son insolvabilité.

S'agissant du constat ou de l'homologation de l'accord, l'ordonnance du 12 mars 2014 va

---

<sup>956</sup>Cass.com. 5 mai 2004, n°01-03.873 ; Bull.civ. 2004, IV, n°84 ; D.2004, p.1594, obs. A. Lienhard ; Banque et droit, juillet-août 2004, n°96, p.51, note N. Rontchevsky ; RTDciv. 2004, p.534, note P. Crocq ; RTDcom. 2004, p.584, obs. D. Legeais ; RDC 2005, p.408, note Houtcieff.

<sup>957</sup>P. Crocq, op.cit.

<sup>958</sup>Qui vise « les personnes coobligées, ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie »

<sup>959</sup>Art. L611-5, al.2 C.com.

<sup>960</sup>Art. L622-28 C.com.



largement s'inspirer des règles établies dans la conciliation<sup>961</sup>. Pour être plus précis , avant cette réforme , il n'y avait ni constat ni homologation dudit accord dans le règlement amiable agricole . L'article L.351-6 du Code rural précisait uniquement les effets attachés à l'obtention de l'accord par le débiteur . Le législateur y remédie en modifiant cet article pour laisser place à cette distinction , selon que l'accord est constaté ou homologué . Quant à ses effets , on observe pendant toute la durée de l'exécution de l'accord , une suspension des poursuites à l'égard du débiteur principal . Les cautions , conformément à l'article L.351-6 C. rural , pourront aisément faire valoir les délais contenus dans ledit accord .

Ces ajustements étaient nécessaires . Les agriculteurs , à l'instar des artisans et des commerçants , sont souvent amenés à solliciter des prêts pour les besoins de leur activité . Malheureusement , depuis quelques années , le monde agricole gravement touché par la crise est en grande souffrance . Les petites exploitations peinent à s'en sortir . Aussi , le règlement amiable agricole devait apporter des réponses à leurs difficultés . Mais tel qu'il était prévu à l'origine , il n'était pas suffisamment attractif pour les dirigeants cautions de l'exploitation . Avec ces mesures plus favorables à la caution , on peut espérer un changement de comportement des individus qui seront plus enclin à manifester plus tôt les problèmes qu'ils rencontrent , avec à la clé la préservation de toute une filière .

Lorsque ces mécanismes de prévention que sont le mandat ad hoc , le règlement amiable agricole et la conciliation se révèlent insuffisants , un traitement judiciaire des difficultés des entreprises s'impose . Mais le législateur entend repousser cette échéance le plus loin possible en aider davantage les sociétés qui ne sont pas en cessation de paiements et dont le redressement est « manifestement possible » . Pour ce faire , il crée la procédure de sauvegarde dans laquelle la caution jouira d' avantages non négligeables . L'objectif demeure toujours le même , inciter les cautions dirigeantes à plus de réactivité dans le traitement de leurs difficultés . Mais derrière ce relatif optimisme se cache des dispositions beaucoup moins encourageantes dont il faut craindre les effets ( C).

---

<sup>961</sup>P.M. Le Corre , « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté » , op. cit.

### **C) LA PROTECTION DE LA CAUTION DANS LES DIFFERENTS STADES DE LA SAUVEGARDE**

La procédure de sauvegarde est certes une procédure collective mais de nature préventive<sup>962</sup>. Elle offre de nouvelles perspectives de négociations au débiteur principal en le mettant à l'abri des sollicitations de ses créanciers à différents stades. Le cap consistant à la rendre « plus accessible, plus attractive » engagé depuis 2005 est plus que jamais maintenu<sup>963</sup>. Depuis, le législateur n'a cessé de lui apporter quelques retouches<sup>964</sup>.

La sauvegarde est une procédure volontaire demandée par le débiteur lui-même<sup>965</sup>. Elle ne peut être envisagée, en principe, qu'en amont d'une cessation des paiements qui doit permettre un redressement anticipé de l'entreprise en opérant sa réorganisation sous le contrôle du juge. Néanmoins, le nouvel alinéa 2 de l'article L.628-1 du Code de commerce soulève l'hypothèse qu'un débiteur puisse faire la demande d'une procédure de sauvegarde accélérée alors même que ce dernier est en cessation de paiements. Toutefois, une limite est jointe à cette affirmation dans la mesure où cela n'est possible que « si la situation ne précède pas depuis plus de quarante -cinq jours la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation en cours ». Cette procédure accélérée devient donc accessible à un plus nombre de débiteurs. Dans ce contexte, est-on encore dans l'anticipation des difficultés que soulèvent les entreprises ? En repensant de la sorte cette procédure, le législateur s'est voulu

---

<sup>962</sup>Pour sa création, le législateur français s'est inspiré du « prepack », institution nord-américaine : sur ce point M.L. Coquelet, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op.cit.

<sup>963</sup>Ph. Roussel-Galle, « La procédure de sauvegarde, quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », JCP E 2006, 2437 ; C. Saint-Alary-Houin, « L'ouverture de la procédure de sauvegarde », Rev. proc.coll. 2008, n°2, p.85 ; P. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », acte II, JCP N 2009, 1054 ; Ph. Roussel-Galle, « Loi de sauvegarde : premières statistiques », Rev. proc. coll. 2007, p.1 ; C. Saint-Alary-Houin, « La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies », Rev. proc. coll. 2007, p.13.

<sup>964</sup>Il introduit notamment par la loi du 22 octobre 2010 une procédure spécifique de sauvegarde qu'il nomme la sauvegarde financière accélérée. Cette variante de celle de droit commun est destinée à « restructurer l'endettement bancaire et financière du débiteur ». Pour ce faire, celle-ci doit être précédée d'une procédure de conciliation dans le cadre de laquelle un projet négocié de sauvegarde a été élaboré (art. L.628-1 C.com.). Mais la machine législative tourne tellement vite qu'en 2014 le législateur éprouve à nouveau le besoin de procéder à certaines modifications en créant la procédure de sauvegarde accélérée, qui a d'ailleurs failli être « sauvegarde anticipée ». La sauvegarde financière accélérée subsistera tout de même partiellement mais ne tiendra plus que dans deux articles de la section II du chapitre VIII du Titre II du Livre VI du Code de commerce. Pas sûr qu'on s'y retrouve ! Néanmoins, le développement des passerelles entre la procédure de conciliation et celle de sauvegarde demeure particulièrement intéressant.

<sup>965</sup>Art.L620-1C.com.

surtout pragmatique dans l'appréhension des problèmes rencontrés par les débiteurs dans leurs entreprises<sup>966</sup>. Il souhaite par dessus tout privilégier la prévention au traitement curatif, et si cela doit passer par certains assouplissements, notamment dans ses conditions d'ouverture que la pratique exige pour maintenir l'emploi, alors l'Etat est prêt à les explorer<sup>967</sup>. La sauvegarde financière accélérée entrée en vigueur en mars 2011 n'a malheureusement pas eu le succès escompté; espérons que la nouvelle sauvegarde accélérée aura un meilleur sort en attirant davantage les dirigeants<sup>968</sup>. Ce point est très important. En effet, puisque la demande d'ouverture d'une telle procédure est à l'initiative du dirigeant, il faut greffer à ce mécanisme des éléments attrayants qui feront que ce dernier ne tardera pas trop à placer sa société en difficulté sous la protection de la loi. La stratégie du législateur consistera donc à consacrer au sein de la procédure une grande place « aux cautions, garants et coobligés ». Ces débiteurs de « renfort » sont apparus comme des acteurs fondamentaux dans l'ouverture rapide de la sauvegarde et, qu'il fallait d'une certaine manière séduire en les protégeant contre les poursuites des créanciers. On assiste alors à « une instrumentalisation des sûretés au service des objectifs de redressement poursuivis par la loi »<sup>969</sup>.

Ces dispositions favorables aux cautions se manifestent tout d'abord lors de l'ouverture de la procédure de sauvegarde qui est prononcée par le juge saisi de la demande lorsque toutes les conditions légales sont réunies. La sauvegarde débute alors par une période d'observation au cours de laquelle va se préparer le sort de l'entreprise. C'est en somme une période de diagnostique<sup>970</sup> consistant à évaluer les réelles possibilités de redressement de la société en question et de juger de l'opportunité des mesures à prendre pour garantir « la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »<sup>971</sup>. C'est une phase cruciale de courte durée<sup>972</sup> qui doit vraiment permettre de saisir toutes les chances de sauvetage de l'entreprise. Pour que les négociations se déroulent dans les meilleures conditions et dans un climat serein, il est prévu tout d'abord que le créancier ne puisse pas faire valoir son droit de poursuite à l'égard du débiteur. Cette suspension des poursuites aura

---

<sup>966</sup>P.M. Le Corre, op.cit.

<sup>967</sup>S. Boughida, P. Lombard, « Réforme de la sauvegarde : le nouveau dispositif sera-t-il plus efficace? », JCP E 2009, 1380; P. Rey, « De la sauvegarde des entreprises », JCP E 2005, 1513; A. Couret, « Expérience confrontée d'évaluation économique des droits de la faillite », in « Mesurer l'efficacité économique du droit », LGDJ 2005, p.35.

<sup>968</sup>A. Lienhard, « Ordonnance de réforme : mesures relatives à la sauvegarde », D. 2014, n°11, p.662; V.Y. Lelièvre, Option Finance / Option droit et affaires, mars 2014, p.16.

<sup>969</sup>C. Houin-Bressand, « Cautions, garants et coobligés », Rev. proc. coll., avril-mai, 2008, p.112.

<sup>970</sup>M.L. Coquelet, op.cit.

<sup>971</sup>Art. L620-1 al.1 et L631-1 al.2 C.com.

<sup>972</sup>La durée fixée par la loi est de 6 mois (art.L621-3 et L631-7 C.com.) qui peut être renouvelée.

notamment pour but de ne pas mettre en péril la continuité de l'activité de l'entreprise . Cette interdiction des poursuites pendant la période d'observation sera étendue aux cautions personnes physiques , qu'elles soient simples ou solidaires<sup>973</sup> ; les cautions personnes morales ne pourront pas quant à elles bénéficier de cet avantage .

De fait , le pouvoir de poursuite du créancier sera momentanément paralysé à l'encontre de la caution . Il devra attendre la fin de la période d'observation pour intenter une action contre elle . Cette protection n'est pas récente . Elle avait été édictée dans la loi du 10 juin 1994<sup>974</sup> , la loi du 26 juillet 2005 n'a fait qu'étendre son domaine d'application pour couvrir toutes les hypothèses dans lesquelles les dirigeants sont susceptibles de se retrouver .

L' autre faveur octroyée aux cautions durant la période d'observation de la procédure de sauvegarde est celle reposant sur l'arrêt du cours des intérêts . Le principe est posé à l'article L.622-28 C.com. aux termes duquel « le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts de retards et de majorations issus de contrats de courte durée » . Aussi , conformément au caractère accessoire du cautionnement , l'arrêt du cours des intérêts profitera aux cautions qui ne peuvent être redevables d'intérêts auxquels le débiteur principal n'est plus tenu .

Le caractère accessoire servant de bouclier de protection à la caution trouve ainsi un écho favorable lors de la période d'observation de la sauvegarde , y compris en l'absence de déchéance du terme contre le débiteur . En effet , « le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé , toute clause contraire étant réputée non écrite »<sup>975</sup> , notamment la clause qui prévoirait une déchéance du terme contre la caution dans le cadre d'une procédure de sauvegarde . Le terme maintenu à l'égard du débiteur principal doit par application de la règle de l'accessoire bénéficier à la caution qui ne peut être traitée plus sévèrement que celui qu'elle cautionne. Dès lors , le créancier qui souhaite la poursuivre devra patienter jusqu'à ce que les créances soient exigibles . Un principe que la jurisprudence a eu l'occasion de réaffirmer à plusieurs reprises en sanctionnant

---

<sup>973</sup> Art. L.622-28 , al.2 C.com.

<sup>974</sup> Avant cette date , les poursuites en paiement exercées par le créancier contre la caution du débiteur étaient recevables . L'interdiction pour la caution de se prévaloir de l'arrêt des poursuites reconnu au débiteur principal reposait principalement sur le fait que cette suspension était en vertu de l'article 2313 al.2 C. civ. une exception purement personnelle du débiteur que ladite caution ne peut opposer au créancier ( ex. Cass.civ. 1re , 14 juin 2000 , Bull. Civ , n°182 ) .

<sup>975</sup> L.622-29 C.com.

rigoureusement tout cautionnement qui serait entaché d'une clause y faisant échec<sup>976</sup>.

Ainsi, dans le cas où le débiteur a encouru la déchéance de son terme, cet état n'engendre pas forcément la déchéance du terme contre la caution. Deux hypothèses sont donc possibles : soit la caution exprime clairement sa volonté de renoncer au bénéfice de son propre terme et de fait, elle choisit de suivre le terme du débiteur principal qui a encouru la déchéance ; soit au contraire, elle n'y renonce pas et par conséquent elle est tout à fait en droit de profiter de son propre terme pour payer le créancier conformément à ce qui avait été prévu initialement dans le contrat de cautionnement<sup>977</sup>.

Si la période d'observation de la procédure révèle que l'entreprise a une chance sérieuse de se maintenir en activité, ladite période débouchera sur l'adoption d'un plan de sauvegarde<sup>978</sup>. Ce dernier doit aboutir à « la sauvegarde de l'entreprise, des emplois et à l'apurement du passif ». Il faut préciser que le plan n'est pas un « contrat judiciaire ». Car, si la décision finale appartient au tribunal, il n'en demeure pas moins que le plan repose sur des négociations engagées entre le débiteur et ses créanciers, une entente donnant notamment lieu à des remises et délais. Depuis 2006, les dispositions du plan de sauvegarde profitent aussi aux cautions personnes physiques<sup>979</sup>. Cette mesure dont l'objet est là encore de rendre toujours plus attractive la sauvegarde aux yeux de la cautions dirigeante, contraint à nouveau le créancier à attendre avant d'user de son droit de poursuite contre ces dernières, et plus spécifiquement jusqu'à ce que sa créance devienne exigible selon les termes définis dans le plan<sup>980</sup>. Reste que ce créancier bénéficiaire du cautionnement pourra, comme dans la période d'observation, prendre des mesures conservatoires à l'encontre de la caution même si leurs effets demeurent neutralisés le temps que le plan s'exécute<sup>981</sup>.

---

<sup>976</sup>Ex. Cass.com. 30 juin 1995, Rev.proc.coll.1995, p.453, note E. Kerckove ; Defrénois 1995, p.417, n°34, obs. L. Aynès ; JCP E 1995.I. 3851, I, n°6, note Ph.Delebecque et Ph. Simler ; Cass.civ.1ère, 24 janvier 1995, RD Bancaire et bourse 1995, 118, note M.J. Campana ; JCP G 1995, IV, 743, et JCP E. I. 457, n°18 obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Cass.com. 8 mars 1994, RD bancaire et bourse 1994, 186, note J.M. Calendini et M.J. Campana ; D.1994, 557, note E. Bazin ; Cass.com. 2 mars 1993, JCP E 1993 .I. 268, n°5, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.

<sup>977</sup>Sur cet aspect voir étude de P.M. Le Corre, Droit des entreprises en difficulté, op. préc.

<sup>978</sup>Art. L.626-1 C.com.

<sup>979</sup>Art. L.626-11 al.2 C.com

<sup>980</sup>Cass.com., 10 janvier 2012, n°11-11.482, Société générale c/D. ; JurisData n°2012-000178 ; Act. proc. coll. 2012, 46, obs. P. Cagnoli.

<sup>981</sup>Sur ces mesures et leurs effets, Ph. Pétel, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises », JCP E 2014, n°37, 1447 ; également Cass.com., 2 juin 2015, n°14-10.673, « Le droit pour un créancier de prendre des mesures conservatoires en cas d'ouverture d'une procédure collective », RD bancaire et fin. juillet-août 2015, p.49, D. Legeais.

Le législateur va aller plus loin en concédant aux cautions personnes physiques un autre avantage non négligeable pendant l'exécution du plan de sauvegarde , qui est celui d'invoquer l'inopposabilité des créances non déclarées en temps utile par le créancier<sup>982</sup> . Ce privilège lui sera toutefois refusé dès lors que le plan a été exécuté . Cette limite est regrettable lorsque l'on sait que le débiteur principal lui , profite de cette inopposabilité « pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus ». Une protection sélective sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir plus tard .

Favoriser les procédures préventives est une intention louable du législateur . Nous venons de voir que pour atteindre cet objectif , ce dernier ne ménage pas ses efforts . « Au bonheur de la caution dirigeante »<sup>983</sup> qui est perçue comme un personnage central dans le dispositif de redressement de l'entreprise . « Les carottes » parsemées ça et là et destinées à anticiper la réaction de ladite caution qui ne doit pas craindre les foudres du créancier durant ces temps de clémence , ont , à n'en pas douter , un intérêt certain . Malheureusement , lorsqu'on songe qu'un grand nombre de procédures finissent par une liquidation judiciaire , on est en droit de s'interroger sur leur réelle efficacité<sup>984</sup> . Et les réformes successives n'ont fait qu'amplifier cette problématique . On nous promettait des procédures amiables rapides , plus accessibles , plus attractives . Or , nous assistons à un système complexe , lourd et déroutant . Si les procédures préventives échouent , le débiteur devra alors faire face aux procédures curatives dans lesquelles la position de sa caution est moins favorable (§2).

---

<sup>982</sup> Art. L.631-14 al.6 C.com.

<sup>983</sup> Ch. Légevaques , « La loi de sauvegarde et les cautions : au bonheur des cautions ? » ; Rev. proc.coll. 2005 , p.296 .

<sup>984</sup> C. Houin-Bressand , « Caution, garants et coobligés » , op. cit.

## **§2) LES DROITS DE LA CAUTION RESTREINTS DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES**

La situation des cautions dans le cadre des procédures judiciaires soulève un contentieux vigoureux<sup>985</sup>. Les atteintes portées aux droits du créancier et donc aux prévisions contractuelles dans les procédures préventives justifiées par le sauvetage de l'entreprise est une chose, neutraliser la sûreté personnelle qu'est le cautionnement lorsque la société est en cessation de paiement, en est une autre et surtout n'a plus de sens. Il convient de restituer au cautionnement toute sa portée dès lors qu'il est acquis que ladite entreprise est vouée à disparaître. Le législateur en est conscient et va tenter de jongler avec ces deux objectifs antagonistes en proposant des mesures dosées, de nature à ne pas trop affecter le droit de poursuite du créancier contre la caution. Pour ce faire, la règle de l'accessoire qui gouverne le cautionnement subira quelques turbulences au sein du redressement judiciaire (A) et en particulier lors de la liquidation judiciaire (B), en n'omettant pas le nouveau venu, le redressement professionnel (C).

### **A) UNE PROTECTION A DEMI-TEINTE DE LA CAUTION DANS LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE**

En principe, l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire est subordonnée à la cessation des paiements du débiteur. La situation de l'entreprise est telle que son actif disponible ne lui permet plus de faire face au passif exigible qui comprend toutes les dettes venues à échéance. Un état suffisamment critique pour justifier un traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise. Néanmoins, L'ordonnance du 18 décembre 2008 apportera un petit aménagement en permettant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire sans cessation des paiements. Toutefois, cette hypothèse n'est envisageable qu'à la demande du débiteur qui, engagé dans une procédure de sauvegarde dans laquelle l'adoption d'un plan de sauvegarde s'avère impossible et que la clôture de ladite procédure débouchera sûrement sur une cessation de paiements, sollicite la conversion de la sauvegarde en un redressement

---

<sup>985</sup>P-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, 8ème éd., Dalloz, coll. « Dalloz-action », 2014, n°712, 62.

judiciaire<sup>986</sup>.

A l'instar de la procédure de sauvegarde , ce dispositif doit permettre « la poursuite de l'activité , le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »<sup>987</sup>. Aussi , un processus de négociation s'engagera entre le débiteur et ses créanciers en vue d'une réorganisation de l'entreprise et un aménagement des dettes . Le redressement judiciaire s'ouvre également par une période d'observation . L'ouverture de la procédure n'engendre pas la déchéance du terme de l'obligation du débiteur principal, en vertu du caractère accessoire elle ne doit pas non plus entraîner celle de la caution. Durant cette période d'observation , la caution bénéficiera , comme dans la procédure de sauvegarde , de l'interruption des poursuites . En revanche , l'arrêt du cours des intérêts dont profite le débiteur ne lui sera pas ici appliqué , de la même manière que lui seront refusés les délais du plan de redressement<sup>988</sup>. Le créancier aura dès lors tout le loisir de poursuivre la caution comme si le débiteur n'était soumis à aucune procédure collective . Une solution qui déroge au principe énoncé par l'article 1287 C. civ. qui prévoit que « la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions » . Cette sévérité à l'égard des cautions dans la procédure du redressement judiciaire se comprend aisément . En effet , le législateur entend par ce traitement rigoureux à inciter les cautions dirigeantes à recourir à la procédure de sauvegarde . Donc , pour ces dernières , plutôt elles agiront mieux ce sera !

Les entorses portées à la règle de l'accessoire du cautionnement s'inscrivent de fait dans une logique législative stratégique destinée à maximaliser les perspectives de redressement de l'entreprise . Les créanciers qui subissaient dans les procédures préventives se voient accorder ici certaines prérogatives leur permettant de jouir de l'indépendance du droit de poursuite contre la caution . Les quelques travers observés précédemment et qui concourent à dénaturer l'objectif de départ assigné à la sûreté vont être limité pour opérer un rééquilibrage en faveur cette fois des créanciers <sup>989</sup>.

---

<sup>986</sup>L.622-10 al.4 C.com.

<sup>987</sup>L631-1 al.2 C.com.

<sup>988</sup>Art. L631-20 C.com.

<sup>989</sup>R. Dammann , G. Poteur , « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars » , D.2014 , n°12 , p. 752 .



## **B) UNE PROTECTION DE LA CAUTION LIMITEE DANS LA LIQUIDATION**

### **JUDICAIRE**

Redoutée , la liquidation judiciaire est l'ultime procédure qui marque l'échec du débiteur principal mais aussi quelque part celui du législateur tant les mesures préventives qu'il n'a cessé de développer se sont révélées insuffisantes . En effet , environ 90% des procédures finissent par une liquidation judiciaire<sup>990</sup> . Un chiffre alarmant qui rend compte de l'extrême fragilité du dispositif mis en place pour aider les entreprises en difficulté.

La procédure de liquidation suppose donc que le débiteur soit en cessation des paiements et que « le redressement est manifestement impossible »<sup>991</sup>. Elle manifeste une situation extrêmement pénible pour le débiteur qui doit s'attendre à « la mort » imminente de son entreprise. Le jugement d'ouverture de la liquidation , à l'image de celui de la sauvegarde et du redressement judiciaire , va restreindre les droits du créancier à l'égard du débiteur . La caution pourra t-elle prétendre à ces restrictions ? . Malheureusement , dans cette procédure , nous allons voir que la position de la caution est beaucoup plus délicate .

Effectivement , l'indulgence qui lui a été témoignée lors de la procédure de sauvegarde et dans le redressement judiciaire va s'effacer peu à peu pour un encadrement renforcé des privilèges octroyés . A commencer par la règle de la suspension des poursuites qui ne peut lui être étendue au stade de la liquidation judiciaire . Dès l'instant où sa créance est exigible , le créancier pourra tenter une action en paiement contre la caution.

Puisqu'elle ne joue que dans les rapports entre le créancier et le débiteur, la déchéance du terme des créances du débiteur qui ne sont pas encore exigibles est inopposable à la caution qui bénéficie de son propre terme, comme il a été convenu dans le contrat de cautionnement<sup>992</sup> ; sauf si ladite caution en décide autrement en insérant une clause qui prévoit que la déchéance du terme de son obligation s'alignera sur celle du débiteur principal<sup>993</sup>.

---

<sup>990</sup>J. Bonnard , Droit des entreprises en difficulté , 6ème éd. , 2014 .

<sup>991</sup>L640-1 , al. 1er C.com.

<sup>992</sup>Ex. Cass.com. 8 mars 1994 , JCP G 1994 , I , 3799 , n°6 , note M. Cabrillac .

<sup>993</sup>Ex. Cass.com. , 26 octobre 1999 , JCP E 1999 , p. 1941 .

S'agissant maintenant de l'arrêt du cours des intérêts . La règle de l'accessoire est purement et simplement écartée puisque ce principe de l'arrêt du cours des intérêts lui sera inapplicable en cas de liquidation judiciaire .

La clôture de la procédure produira également des effets dont certains soulèverons bien des problèmes . Tout d'abord , il y a la question de l'incidence de la clôture pour insuffisance d'actif sur la poursuite de la caution . Cette clôture est prononcée lorsque « le produit de la réalisation des actifs du débiteur ne permet pas de désintéresser , même partiellement , les créanciers »<sup>994</sup> . Elle engendre alors l'extinction de tout droit de poursuite des créanciers contre le débiteur<sup>995</sup> . Ces mêmes créanciers pourront-ils agir contre la caution ? Il nous faut répondre par l'affirmative. Précisons qu'il s'agit de l'extinction de l'action de poursuite et non de l'extinction de la dette ! La non-reprise des poursuites est une exception personnelle dont seul le débiteur peut profiter<sup>996</sup> . En conséquence , puisque le débiteur demeure tenu de la créance , la caution , par voie accessoire , reste elle aussi obligée<sup>997</sup> . De fait , le droit de poursuite des créanciers à l'égard de la caution est maintenu .

Néanmoins , en dépit de tout cela , la caution qui a payé , aura en vertu de l'article L.643-11-II C.com. la faculté de poursuivre le débiteur principal et ce , que le paiement soit intervenu avant ou après la clôture de la procédure de liquidation judiciaire<sup>998</sup> . Nous pouvons rapprocher cette solution à celle qui est retenue en matière de surendettement des particuliers avec l'article L.332-9 al.2 du Code de la consommation qui énonce que « la clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur , à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé , personne physique » . En d'autres termes , la suspension des poursuites dont bénéficie le débiteur

---

<sup>994</sup> Art. R.643-16 C.com.

<sup>995</sup> Art L.643-11 C.com.

<sup>996</sup> Ex. Cass.com. 8 juin 1993 , n°91-13-295 : « Si , en application de l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 , les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leur action contre le débiteur dont la liquidation judiciaire a fait l'objet d'une clôture pour insuffisance d'actif , ils conservent , la dette n'étant pas éteinte , le droit de poursuite à l'encontre de la caution du débiteur » , RTDciv. 1994.360 , note J. Mestre ; RTDcom. 1993 .583 , obs. A. Martin-Serf.

<sup>997</sup> Sur ces rapports voir : J.D. Pellier , « Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation – Contribution à l'étude du concept de coobligation » , préf. P. Delebecque , LGDJ , 2012 , n°226 et 265 .

<sup>998</sup> La Chambre commerciale de la Cour de cassation va en ce sens dans différents arrêts dans lesquels elle soutient qu' « après le jugement de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif , la caution qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance , soit en exerçant un recours personnel dès lors qu'elle a elle-même déclaré sa créance » : Cass.com. 12 mai 2009 , n°08-13-430 ; JurisData n°2009-048253 ; RTDciv. 2009.554 , obs.A. Lienhard ; JCP G 2009 .135, obs. Ph. Simler ; RTDcom. 2009.613 , note A. Martin-Serf ; RLDC juin 2009 , p.30 , obs. G. Marraud des Grottes .

principal ne frappe que les créanciers et non sa caution .

La délicate articulation du droit du cautionnement avec le droit des procédures collectives nous amène aussi à l'épineuse question de la portée du défaut de déclaration de la créance à l'égard de la caution . Cette dernière suscite un grand contentieux<sup>999</sup> . En effet , lorsqu'une procédure collective s'ouvre , il pèse sur le créancier une obligation de déclaration de créance. Cette exigence est commune à toutes les procédures collectives , que ce soit dans une procédure de sauvegarde<sup>1000</sup> , lors d'un redressement judiciaire<sup>1001</sup> , ou dans le cas d'une liquidation judiciaire<sup>1002</sup> , ledit créancier ne peut y échapper sans en subir de lourdes conséquences . Car à défaut de déclaration dans les dispositions légales , « le créancier est forclos et il n'est pas admis dans les répartitions et dividendes »<sup>1003</sup> .

Avant la loi de 2005 , le créancier peut diligent subissait même l'extinction de la créance . Ce dernier était alors contraint de ne pas reprendre les poursuites contre le débiteur principal et surtout , par le jeu de l'accessoire , ne pouvait agir contre la caution . Un effet radical contre le créancier négligent que la jurisprudence expliquait par le fait que l'extinction pour défaut de déclaration n'était pas une exception personnelle au débiteur mais bien une exception inhérente à la dette dont la caution était en droit de profiter<sup>1004</sup> . Autant dire que , compte tenu des enjeux , la plus grande prudence s'imposait pour les créanciers ! Ils devaient donc redoubler de vigilance s'ils ne voulaient pas subir les effets néfastes de leur inaction .

Mais la loi de sauvegarde des entreprises n°2005-845 du 26 juillet 2005 va venir abroger cette sévère sanction . En effet , la créance non déclarée dans les délais légaux n'est plus considérée comme éteinte mais seulement inopposable à la procédure collective . En abandonnant la sanction de l'extinction de la créance , le droit français n'a fait que se mettre en conformité avec l'article 5 du règlement européen n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité .

En conséquence , la caution ne peut désormais espérer l'extinction du cautionnement . Elle est confrontée au respect des règles émises par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui lui

---

<sup>999</sup>O. Salvat , La situation des garants , op. cit. ; C. Houin-Bressand , Cautions , garants et coobligés , op.cit. ; P. Crocq , L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés , JCP E 2009 .1313 .

<sup>1000</sup>Art. L.662-24 al.1er C.com.

<sup>1001</sup>Art. L631-14 al.1er C.com.

<sup>1002</sup>Art. L641-3 , al.5 C.com.

<sup>1003</sup>Art.L622-26 al.1er C.com.

<sup>1004</sup>Ex. Cass.com. 8 juillet 2003 , RD bancaire et fin. , janv.-févr. 2004 , p.30 , note F-X. Lucas; Cass.com. 3 avril 2001 , n°98-4201; Cass.com. 17 juill. 1990 , JCP E 1991.II.101 , obs. G. Amlon ; Dalloz 1990 , 454 , note A. Honorat

reconnaît ou non , selon la procédure , simplement le bénéfice de l'inopposabilité de la créance non déclarée . Nous avons vu que c'est sans surprise que la loi concède à la caution personne physique cet avantage dans le cadre de la procédure de sauvegarde<sup>1005</sup>. Là encore , les personnes morales sont écartées du dispositif de protection qui devient particulièrement sélective . Ces dernières peuvent donc être poursuivies par les créanciers dès l'échéance de leur créance dès lors qu'elle n'a pas été payé par le débiteur en sauvegarde . Néanmoins , la caution personne physique ne profitera de cette inopposabilité que pendant la période d'observation , ainsi que pendant l'exécution du plan de sauvegarde . En revanche, cette « immunité » disparaît avec l'exécution ou la résolution dudit plan par le débiteur. Cette restriction est certes regrettable pour la caution qui peut toutefois , pour se défendre contre le créancier , soulever la prescription de l'action intentée contre elle .

Dans les hypothèses des procédures de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire , la position de la caution diffère diamétralement puisque , le créancier n'ayant pas déclaré sa créance retrouve son pouvoir d'action en recouvrement contre la caution<sup>1006</sup>. Cette sévérité à l'égard de cette dernière dans ces procédures est agrémentée tout de même d'ajustements au profit de la caution personne physique qui dispose d'un répit durant la période d'observation et au cours de laquelle le créancier ne pourra nullement la poursuivre avant le jugement arrêtant le plan de redressement ou celui de la liquidation judiciaire . Il va de soi , qu'après expiration de cette période de clémence , le créancier disposera à nouveau de son droit d'obtenir de la caution paiement de la dette .

La jurisprudence emboîte le pas au législateur en aggravant la situation de la caution qui ne peut plus opposer au créancier l'extinction de la créance pour fuir ses responsabilités. Cette rigueur à l'égard de la caution sera notamment affirmée dans un arrêt très remarqué du 12 juillet 2011<sup>1007</sup>. La Chambre commerciale de la Cour de cassation opère un revirement très attendu par les créanciers et met ainsi un terme à des années d'hésitations . Comme le disait le Général De Gaulle , « il était temps de remplacer le régime de l'intoxication lente par celui de la netteté » . Donnant un peu de souffle aux créanciers, la jurisprudence, conformément à l'article L.622-26 du Code de commerce qui énonce que « la défaillance du créancier ayant

---

<sup>1005</sup> Art. L622-26 , al.2 C.com.

<sup>1006</sup> Art. L631-14 al.6 C.com.

<sup>1007</sup> Cass.com.12 juillet 2011 , pourvoi n°09-71-113 ; Bull.civ. IV, n°768 ; JCP E 2011 , 90 , obs. N. Dissaux ; Defrénois 2012 , art. 40390 , obs. S. Cabrillac ; RTDciv.2011, 782 , note P. Crocq ; Banque et droit 2011 , n°139 , p.42 , obs. F. Jacob ; JCP 2012 .117 , n°3 , note Ph. Pétel ; Gaz. pal. , 22 sept.2011 , p.24 , obs. M.P. Dumont-Lefrand ; Dalloz 2011. 1894 , note A. Lienhard .

pour effet, non d'éteindre la créance mais d'exclure son titulaire des répartitions et dividendes, cette sanction ne constitue pas une exception inhérente à la dette, susceptible d'être opposée par la caution, pour se soustraire à son engagement ». Ce nouveau cap jurisprudentiel redonne ainsi tout son sens à la sûreté qui gagne en efficacité et réconcilie une doctrine jusque là divisée et pour la majorité hostile à la position antérieure<sup>1008</sup>.

Tout n'est pas perdu pour la caution qui peut s'appuyer sur l'article 2314 C.civ. qui prévoit l'exception de subrogation. Dans ce cas, elle devra démontrer que l'absence de déclaration de la créance dans les délais par le créancier lui a causé un préjudice en l'empêchant de jouir de l'opportunité de participer aux répartitions ou dividendes<sup>1009</sup>. Mais se prévaloir d'un tel préjudice ne va pas de soi. A cette problématique, la Cour de cassation dans l'arrêt du 12 juillet 2011 apporte en ce sens une précision importante et plutôt sécurisante pour les créanciers puisque la Chambre commerciale énonce que « si la caution est déchargée de son obligation, lorsque la subrogation dans un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier ne peut plus, par le fait de celui-ci, s'opérer en faveur de la caution, pareil effet ne se produit que si cette dernière avait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation ». Dans l'affaire rapportée, il est souligné qu'aucun règlement n'avait été fait au profit des créanciers chirographaires, et qu'en conséquence le défaut de déclaration de la créance n'ayant engendré aucun préjudice à la caution, cette dernière ne pouvait dès lors être libérée. Sa décharge ne serait possible que si elle démontre « qu'elle aurait pu prétendre à des fonds par subrogation en participant aux répartitions et dividendes si le créancier avait procédé à la déclaration de sa créance ». Or, dans cet arrêt du 12 juillet 2011 ce n'était pas le cas. La caution fut alors déboutée de sa demande. La caution demeure donc une cible du créancier qui trouve désormais argument pour la contrer<sup>1010</sup>. De fait, en la matière la prudence s'impose et l'excès de confiance doit être modéré dans les deux camps.

---

<sup>1008</sup>P.M. Le Corre, Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises, in La réforme des procédures collectives, LPA, n°116, 10 juin 2004, p.25 et svt., spéc. p.30.

<sup>1009</sup>Ex. Cass.com. 19 février 2013, JCP E 2013. 1216, n°7, note Ph. Pétel ; Gaz. pal., 20-21 mars 2013, p.20, obs. M.P. Dumont-Lefrand ; D.2013. 1706, obs. P. Crocq ; D.2013.565, note A. Lienhard : dans cet arrêt, la Chambre commerciale est venue souligner que « lorsque le créancier a omis de déclarer sa créance, peu important la nature de celle-ci, la caution est déchargée de son obligation si cette dernière aurait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et les dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation ».

<sup>1010</sup>Dans un arrêt en date du 1er juin 1999, Cass.com., n°96-18466, la Haute juridiction avait déjà laissé entrevoir une position semblable, mais sans vraiment aller aussi loin. En enfonçant un peu plus le clou, la jurisprudence complique ainsi inexorablement l'action de la caution contre le créancier défaillant.

Parallèlement à l'abandon de la sanction de l'extinction des créances non déclarées , il nous faut rappeler que la caution a été également privée d'un autre moyen de défense non négligeable , celui reposant sur l'article L.650-1 du Code de commerce . Ce texte que nous avons évoqué dans le développement consacré au principe de proportionnalité est très fréquemment soulevé par les cautions qui cherchent à faire obstacle aux poursuites des créanciers . Mais le législateur conscient des abus commis par les cautions qui mettent en péril le crédit , a apporté une sérieuse restriction à leur action , puisqu'elles ne pourront plus invoquer « la responsabilité des établissements de crédit lorsque les difficultés apparaissent »<sup>1011</sup> . Cette irresponsabilité des banquiers dispensateurs de crédit qui touche les cautions , à supposer qu'elles soient averties , ne nous étonne guère . Le droit de solliciter cette responsabilité prenant en considération la position et l'état de connaissance de la caution sera de fait profitable aux seules cautions profanes ; les dirigeants sont quant à eux en mauvaise posture car considérés comme suffisamment avertis<sup>1012</sup> .

Bien évidemment , on ne peut écarter le risque que ces restrictions faites aux recours de la caution ne conduisent à des effets contraires aux prétentions visées par le législateur qui entendait encourager le dirigeant-caution à faire état rapidement des difficultés de son entreprise . Mais à dire vrai , nous doutons que les dirigeants d'une société en difficulté , même s'ils sont cautions , se limitent à de telles considérations . D'autres paramètres rentrent en ligne de compte dans leur choix de demander l'ouverture de telle ou telle procédure<sup>1013</sup> .

Ainsi , la rigueur que laisse apparaître les procédures du redressement judiciaire et la liquidation judiciaire redonne force à la sûreté en préservant davantage les prérogatives du créancier dans le recouvrement de sa créance . L'altération du caractère accessoire rend la position de la caution particulièrement difficile . Cette dernière est alors contrainte de recourir à d'autres portes de salut , comme il a été énoncé dans notre développement . Reste que le législateur , dans sa frénésie dévorante de réformes<sup>1014</sup> a cru bon de créer en 2014 un nouveau mécanisme au sein des procédures collectives : le rétablissement professionnel .

---

<sup>1011</sup> Art. L650-1 C.com.

<sup>1012</sup> Préc, « Le devoir de mise en garde du banquier » , RD. bancaire et fin. nov.-déc. 2007 , op.cit.

<sup>1013</sup> C. Houin-Bressand , op. cit.

<sup>1014</sup> P. Rossi , « Une discipline en mouvement perpétuel » , D.2014 , p.220 ; P. Pétel , Entreprises en difficulté : encore une réforme ! , JCP E 2014 .1223 .

### **C) LA CAUTION DANS LE REDRESSEMENT PROFESSIONNEL**

C'est assurément l'innovation majeure de l'ordonnance du 12 mars 2014 attendue avec impatience par la doctrine<sup>1015</sup>. Cette procédure , « qui n'en n'est pas vraiment une »<sup>1016</sup>, doit être une alternative à la liquidation judiciaire<sup>1017</sup> car « la liquidation judiciaire ne doit exister que si et tant qu'il y a vraiment matière à liquider »<sup>1018</sup>. Avec le rétablissement professionnel , le débiteur doit pouvoir retrouver « le confort » des effets de la clôture pour insuffisance d'actif conduisant à « la purge des dettes »<sup>1019</sup> et ce, sans passer par une réelle procédure collective contraignante et fastidieuse . A titre de comparaison , ce nouveau dispositif se rapprocherait davantage à la procédure de conciliation . Aussi, le rétablissement professionnel n'aura pas les mêmes effets qu'une liquidation judiciaire. En somme , il s'agit « d'adapter le traitement des situations irrémédiablement compromises à la réalité économique de l'entreprise »<sup>1020</sup>.

« Faisant preuve de pragmatisme , le législateur a inventé le rétablissement professionnel pour le pauvre débiteur , personne physique <sup>1021</sup>, honnête et désespéré qui se trouve englué dans d'inextricables difficultés économiques . Iniquement , il est aspiré par la liquidation judiciaire imposée par son état de cessation des paiements et son impossible redressement . Charitablement , le législateur lui ouvre la porte du purgatoire : le rétablissement professionnel » . Ainsi , l'accès à ce mécanisme exceptionnel n'est admis qu'au débiteur « honnête » ayant manqué de chance et dont l'actif est inférieur à 5000 euros<sup>1022</sup>. Dans ce contexte , la liquidation judiciaire n'aurait pas grand intérêt vu que le patrimoine du débiteur est quasi vide . De fait , l'idée est de proposer un apurement du passif au moyen d'une technique plus simple et aussi plus rapide répondant à la situation particulière dans laquelle se trouve le débiteur principal . Cette mesure n'est pas sans nous rappeler la procédure du rétablissement personnel sans liquidation judiciaire qui s'adresse uniquement au

---

<sup>1015</sup>F-X. Lucas et M. Sénéchal , « La procédure d'enquête pour le rétablissement professionnel » , D.2013. 1852 .

<sup>1016</sup>F. Reille , « Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel » , Rev.proc.coll. 2014 , n°6 , p.22 .

<sup>1017</sup>F-X. Lucas , « De la liquidation judiciaire au rétablissement professionnel » , LEDEN , août 2013 , n°141 .

<sup>1018</sup>P.M. Le Corre , Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté , op. cit.

<sup>1019</sup>P.M. Le Corre , préc.

<sup>1020</sup>« Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2014 - 326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives » , JO 14 mars 2014 .

<sup>1021</sup>L.C. Henry et M. André , « La nouvelle procédure de rétablissement professionnel » , Rev. proc. coll. , juill. août 2014 , p.54 .

<sup>1022</sup>Seuil fixé par décret du 30 juin 2014 , article R. 645-1 al.1er C.com.

consommateur dont les biens saisissables sont inexistants<sup>1023</sup>.

Cette sorte de « procédure hybride entre procédure collective et procédure de surendettement »<sup>1024</sup> qu'est le rétablissement professionnel , doit donner au débiteur démuni la capacité de rebondir . Pour ce faire , on va jusqu'à consacrer l'effacement de ses dettes . Une issue incroyable qui ne manquera certainement pas de susciter chez certains débiteurs opportunistes l'envie de manipuler les textes à leur profit . C'est sans doute la raison pour laquelle a été greffée au dispositif une période d'enquête de 4 mois dès l'ouverture de la procédure<sup>1025</sup> car , « la confiance se mérite , elle ne se décrète pas ! »<sup>1026</sup> . Qu'en est-il pour la caution ? A t-elle accès « au paradis » promis au débiteur principal ? En d'autres termes , peut-elle se prévaloir de cet effacement des dettes ? .

Si l'on part du principe que le législateur , dans sa grande générosité , entend préserver le débiteur principal en le ménageant du souci que lui occasionne ses dettes et en lui permettant d'un coup de baguette magique d'oublier le passé pour mieux préparer l'avenir comme si ses dettes n'avaient finalement jamais existé , il doit nécessairement en être de même pour la caution , « débiteur de renfort » . Mais les choses ne sont pas aussi simples .

Cette question de l'effacement des dettes n'est pas nouvelle et a été déjà posée dans le cadre de la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire en matière de surendettement des particuliers<sup>1027</sup> , à la différence près que dans ce dernier , ce sont uniquement les dettes non professionnelles qui sont concernées<sup>1028</sup> . Dans le rétablissement professionnel en revanche , il n'est fait aucune distinction entre les dettes , qu'elles soient professionnelles ou non . Néanmoins , certaines restrictions seront tout de même apportées par la loi qui prévoit que les dettes , pour être effacées , doivent être nées antérieurement à l'ouverture de la procédure du rétablissement professionnel , et qu'elles doivent avoir été portées à la connaissance du juge . De même que , ne peuvent être effacées , les dettes salariales ou alimentaires , ni celles évoquées dans l'article L.643-11-I-2 C.com. , ou encore

---

<sup>1023</sup>Voir Y. Picod et Vanette-Encole , « Surendettement des particuliers » , Rép. Dalloz , « Surendettement » , n°136 , p.28 ; Loi n°2010-737 , 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : JO 2 juillet 2010 , p.12001 , entrée en vigueur 1er novembre 2010 .

<sup>1024</sup>L.C. Henry et M. André , « La nouvelle procédure de rétablissement professionnel » , op. préc.

<sup>1025</sup>Art. L645-4 C.com.

<sup>1026</sup>L.C. Henry et M. André , « La nouvelle procédure de rétablissement professionnel » , préc.

<sup>1027</sup>Art.L332-5 al.2 C.com.

<sup>1028</sup>Voir S. Piedelièvre , « Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers , JCP G 2010 , n°35 , p.858 .



celles concernant le remboursement des garants (art. L 643-11-2° C.com.) . Ce qui signifie que si la caution a payé à la place du débiteur , elle est tout à fait en droit de le poursuivre. Toutes les précisions apportées autour de l'effacement des dettes du débiteur principal seront « strictement encadrées » . Considérant l'enjeu de « ce droit à ne pas payer ses dettes » qu'emporte la clôture du rétablissement professionnel et les abus qui peuvent en découler , il est fort normal qu'un encadrement rigoureux accompagne la mesure . Un encadrement qui aura nécessairement des répercussions sur la caution .

Ainsi , pour la caution qui n'aurait pas exécuté son engagement avant la fatidique clôture , son sort est attaché à l'approche donnée à l'effacement et , sur ce point la doctrine n'est pas unanime<sup>1029</sup> . Toutefois , si l'on se réfère à l'analyse retenue en droit du surendettement dans lequel « l'effacement correspondrait à une extinction sans équivaloir à un paiement »<sup>1030</sup> . Cette disparition des créances à l'égard du débiteur principal , exception inhérente à la dette , devrait permettre à la caution de la soulever au nom du caractère accessoire du cautionnement<sup>1031</sup> . La libération de la caution serait probablement un élément propice à inciter les dirigeants-cautions à solliciter un rétablissement professionnel . Mais cela sera également un facteur supplémentaire de fragilisation du cautionnement qui n'offre plus au créancier la sécurité promise .

---

<sup>1029</sup>D. Legeais , « Portée de la réforme du droit des procédures collectives » , RD. bancaire et fin. , mai-juin 2014 , p.51 .

<sup>1030</sup>Cass.civ. 2ème , 27 février 2014 , n°13-10.891 ; LPA 19 mai 2014 , n°99 , p.7 , note T. Stefania ; JurisData n°2014-003260 ; Voir également M. Sénéchal , « Le rétablissement professionnel par l'effacement relatif de certaines dettes » , Bull. Joly : Entreprises en difficulté mai-juin 2014 , p.196 , p.197 ; et M. Sénéchal , F-X. Lucas , « La procédure d'enquête pour le rétablissement professionnel . De la liquidation judiciaire au rétablissement professionnel » , D.2014 , p.1882 .

<sup>1031</sup>P.M. Le Corre , Dalloz Action , Droit et pratique des procédures collectives , 2013-2014 , n°712-42 ; P.Pétel , « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! » , op.cit. ; D. Legeais , « Portée de la réforme du droit des procédures collectives » , op.cit .

## **Conclusion sur la protection de la caution dans les procédures d'insolvabilité du débiteur principal**

Au regard des développements qui précèdent, notre conclusion sur les rapports qu'entretiennent les procédures d'insolvabilité touchant le débiteur principal avec le cautionnement est assez mitigée.

Le droit du cautionnement et celui des procédures d'insolvabilités sont très complexes , techniques , qui effraient ce qui y sont confrontés . En outre , le manque de connaissance des cautions des outils et des procédures qui leur sont favorables peut remettre en cause toute la structure . Trop de procédures ! D'autant que la protection de la caution d'une procédure à l'autre diffère . Et même dans une procédure déterminée comme la sauvegarde , sa protection est variable selon qu'on se trouve à l'ouverture de la procédure , durant la période d'observation , à l'élaboration du plan de sauvegarde , à sa clôture . Difficile de s'y retrouver . Malgré « les assauts répétés des vagues envahissantes du droit des procédures collectives »<sup>1032</sup>, le droit du cautionnement va essayer de garder la tête hors de l'eau.

Néanmoins , cette mise à plat présente deux avantages . Tout d'abord , elle permet de quantifier précisément les enjeux des procédures d'insolvabilités pour le créancier mais aussi pour la caution . Le second avantage est de permettre à ces deux protagonistes de formaliser la question cornélienne : pour l'un , « est-ce que le cautionnement est bonne sûreté ? », pour l'autre , « dois-je cautionner alors qu'il y a tant d'inconnus ? » . Le coût du pire , le gain du meilleur que recouvre le risque dans le cautionnement doit nécessairement attirer l'attention des contractants d'un côté comme de l'autre .

En dépit des efforts de rapprochements, « il existe entre la sûreté et les procédures collectives quelque chose de la vieille rivalité entre le canon et la muraille. Chaque fois qu'un édifice est levé, les créanciers cherchent un moyen de contourner l'obstacle ou d'y pénétrer »<sup>1033</sup>. Le

---

<sup>1032</sup>K. Mawunyo , Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives , Thèse de droit 2008 , sous la dir. de A. Santos, Cotutelle Univ. de Lomé et du Maine : <http://cyberdoc.univ-lemens.fr/theses/2008>.

<sup>1033</sup>J.L. Vallens , « Publicité et information en matière de sûretés » , LPA 20 sept. 2000 , n°18 ; cité également par

caractère accessoire qui remet en cause la finalité même des procédures d'insolvabilité , rend le travail d'articulation entre ces deux branches du droit particulièrement délicate . Mis sur la touche , le créancier voit alors ses droits à l'égard de la caution affaiblis , paralysés . Cette tendance qui caractérise les pays de tradition civiliste<sup>1034</sup> et surtout la France , est vivement critiquée en raison notamment de son manque d'attractivité pour les investisseurs<sup>1035</sup> . Les créanciers vont alors inévitablement vouloir contourner le dispositif législatif protecteur des cautions en ayant recours à d'autres garanties . Cet aspect n'a semble t-il pas échappé au législateur qui va dès lors élargir le champ d'application des articles du droit des procédures collectives protégeant les cautions aux coobligés , mais aussi aux personnes « ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » . Sur le principe , cette démarche est intéressante et même nécessaire . En réduisant les possibilités de contournements, l'Etat permet d'éviter ou plutôt de limiter la désertification du cautionnement par les créanciers. C'est donc en soi une évolution bien pensée.

Mais malheureusement, cette extension ne couvre pas toutes les sûretés et de nombreuses possibilités restent offertes aux créanciers qui souhaitent contourner les obstacles que leur inflige le cautionnement. Ces derniers n'auront qu'à rechercher dans la pratique d'autres sûretés garantissant la dette d'autrui . Concrètement , ce qui risque de se passer , c'est que cet élargissement des mesures protectrices des cautions à d'autres garants , va surtout susciter un nouveau contentieux reposant cette fois sur la notion même de sûreté personnelle . Les juges seront amenés à dire si par exemple une délégation de créance , une assurance-crédit ou d'un porte-fort d'exécution ....sont ou non concernés par lesdites mesures . Autant dire que la tâche s'annonce d'ores et déjà extrêmement compliquée<sup>1036</sup> .

L'ambition du législateur est de remédier à certains clivages en offrant aux créanciers et aux cautions des solutions porteuses de changements décisifs dans l'intrication du droit du cautionnement et des procédures d'insolvabilité avec l'économie , en préservant bien évidemment le crédit . L'instrumentalisation du cautionnement par les procédures collectives tournée vers la prévention et l'anticipation des dirigeants qui sont, la plus part du temps également cautions , doit contribuer au rééquilibrage des intérêts en présence . Le sort plus ou

---

C. Saint-Alary-Houin , Rapport de synthèse sur le colloque : « sûretés et procédures collectives , morceaux choisis » , Petites Affiches 2000 , n°188 , p.41 .

<sup>1034</sup>S. Vermeille et A. Bézert , « L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives » , Dalloz 2014 , n°5 , p.289 .

<sup>1035</sup>S. Vermeille et A. Bézert , préc.

<sup>1036</sup>P. Crocq , « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés » , op. cit.

moins favorable réservé aux cautions devient un moyen essentiel pour inciter les débiteurs à préférer les procédures dites préventives , comme la conciliation ou la sauvegarde , pour régler les difficultés de leur entreprise . Son anticipation assurera un meilleur traitement à sa caution qui profitera ainsi des faveurs qui lui seront faites par le créancier . Cet intérêt sera , à n'en pas douter , encore plus significatif s'il se trouve que ce dirigeant est aussi caution de son entreprise . Aussi , que les débiteurs se le disent , plus ils attendront d'être en cessation de paiement , plus ils pénaliseront leur caution qui verra la règle de l'accessoire attachée à leur engagement neutralisée pour restaurer les droits du créancier . Dès lors qu'il n'y a plus de chance de sauver l'entreprise du débiteur , le cautionnement doit survivre afin de respecter les prévisions contractuelles . Pour restaurer l'effectivité de la sûreté personnelle , le Groupe Grimaldi<sup>1037</sup> favorable à une protection raisonnée de la caution , proposait « carrément » de priver la caution des délais de paiement ou de l'extinction totale ou partielle de l'obligation pouvant ressortir d'une procédure d'insolvabilité . En instaurant une certaine rigueur dans l'exécution du cautionnement « au moment précis où elle doit remplir sa fonction de garantie »<sup>1038</sup> , cette démarche assurerait certainement la sécurité du crédit , véritable levier de l'économie , mais aussi préviendrait certaines manœuvres dilatoires de cautions habiles et sournoises . Les imminents auteurs qui avaient exprimé les méfaits d'une libération trop facile de la caution s'en trouvaient ici rassurés<sup>1039</sup> . Cette proposition de la Commission « Grimaldi » n'a pas pourtant pas été retenue .

Le raisonnement consistant à préserver l'efficacité ou non de la sûreté personnelle en fonction des possibilités de redressement de l'entreprise est assez judicieux . Finalement , « devenant un terrain d'expérimentation plein d'enrichissements , le droit des procédures collectives constitue moins un élément perturbateur du caractère accessoire du cautionnement qu'un révélateur de la véritable place à accorder par le législateur à la protection de la caution »<sup>1040</sup> .

Néanmoins, à supposer qu'elles soient justes, les voies législatives empruntées n'atteindront probablement pas totalement leur but . En effet , les divers dysfonctionnements observés dans nos différents développements nous démontrent qu'il est de plus en plus difficile de se convaincre des vertus des techniques utilisées<sup>1041</sup> . En réalité , les racines du mal sont

---

<sup>1037</sup>op.cit.

<sup>1038</sup>D. Legeais, op.cit.

<sup>1039</sup>D. Legeais, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>1040</sup>K. Mawunyo , « Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives » , op. cit.

<sup>1041</sup>M.A. Frison-Roche , « Le législateur des procédures collectives et ses échecs » , op.cit.

beaucoup plus profondes .

« Tout comme il faut consommer avec modération les boissons alcooliques , il faudrait savoir user avec modération de la législation . Mais en France nous adorons légiférer . Nous légiférons, et nous légiférons encore . Le phénomène n'est pas nouveau sans doute puisque Montaigne écrivait déjà que « nous avons en France plus de lois que tout le reste du monde » »<sup>1042</sup> . Ce problème , nous l'avons rencontré tout au long des parties jusqu'ici consacrées à la protection de la caution . Mu par une sorte d'ivresse technique et une avidité législative démesurée , le législateur fait « des lois pour les lois » sans véritable cohérence . Enfermé dans son fantasme de dompter tous les risques auxquels la caution peut être confrontée , il nous propose des solutions qui sont loin d'offrir la stabilité , la simplification et la sécurité juridique recherchée par la pratique .

Les errements législatifs doivent impérativement conduire à une refonte profonde du droit du cautionnement en prenant en compte les autres branches du droit y compris celle des procédures collectives qui continue à se chercher puisqu'une nouvelle réforme est annoncée .

Dès lors, il ne s'agit pas seulement de légiférer moins , mais mieux ! A un moment où une mission parlementaire sur la simplification législative énonce dans un rapport rendu le 8 octobre 2014 « quinze propositions pour améliorer la fabrique de la loi »<sup>1043</sup>, le cautionnement gagnerait en efficacité s'il venait à se voir appliquer des techniques plus adaptées aux exigences de la pratique de cette sûreté . Ce qu'on attend désormais du législateur mais également de la jurisprudence , c'est notamment d'introduire dans notre droit une certaine harmonisation , unité dans le sort réservé à la caution d'un particulier en difficulté et celle cautionnant une entreprise en proie à des problèmes . La rigueur exprimée à l'égard de la première par rapport à la seconde apparaît comme incohérente et même injuste . Un écart de traitement qui engendre confusions et à long terme probablement un affaiblissement du cautionnement<sup>1044</sup> . En gommant les différences actuelles, la sûreté gagnerait en visibilité, une qualité qui lui sera certainement d'une grande aide dans la reconquête de ceux qui s'en sont détournés car doutent de son potentiel ou qui tout simplement n'y croient plus<sup>1045</sup> . Un désenchantement conforté par les divers recours dont disposera « cet incapable économique »

---

<sup>1042</sup>M. Vivant , « Légiférer avec modération » , Dalloz 2015 , 12 mars , n°10 .

<sup>1043</sup>D. Poupeau , op. cit.

<sup>1044</sup>D. Legeais , op.cit.

<sup>1045</sup> K. Mawunyo, « Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives », op. cit.

qu'est la caution à l'égard du créancier (Titre 2).

## **TITRE 2 : LES RECOURS DE LA CAUTION**

Le cautionnement en tant que sûreté a pour compagnon inséparable le risque et implique des sacrifices, nous le savons maintenant que trop. Mais la caution n'en restera pas là et est bien déterminée à puiser dans les faveurs légales qui lui sont octroyées pour atténuer la rigueur de son engagement. Tirées de l'étroite interconnexion entre l'obligation du débiteur et celle de la caution, et de l'équité, les dispositions légales, outre celles précédemment évoquées, constitueront de véritables remparts à l'action des créanciers, comme les exceptions d'inexécution, le bénéfice de discussion consacré à l'article 2298 C.civ. ou de division (Chapitre 1). A cela il faudra ajouter les recours contre le débiteur ou les autres cautions (Chapitre 2). Autant dire que la caution est bien armée pour ne pas supporter seule le poids définitif de la dette pour laquelle elle s'est engagée .

### **CHAPITRE1: LES MOYENS DE PRESSION DE LA CAUTION TIRES DU CONTRAT PRINCIPAL**

L'analyse des moyens de pression que reconnaît le droit positif à la caution contre le créancier peut nous éclairer fortement sur l'efficacité du cautionnement. Les différents recours qui lui sont reconnus puisent traditionnellement leur raison d'être dans le caractère accessoire de la sûreté personnelle. Aussi, la caution pourra agir contre le créancier en lui opposant certaines exceptions spéciales (Section 1) , avec une attention toute particulière pour l'exception de subrogation de l'article 2314 C.civ. qui lui octroie une protection importante (Section 2).

## **SECTION 1 : L' OPPOSABILITE PAR LA CAUTION AU CREANCIER**

### **D'EXCEPTIONS SPECIALES**

Ces exceptions particulières tirées du contrat principal vont s'exprimer à travers la reconnaissance à la caution d'un droit d'exception d'inexécution (§1) , une extension qui s'ajoutera aux protections fondées sur les bénéfices de discussion et de division (§2).

#### **§1) L'EXCEPTION D'INEXECUTION**

Cette opportunité d'invoquer dans ses rapports directs avec le créancier les exceptions résultant d'un rapport d'obligation étranger au contrat de cautionnement est une faveur légale très appréciable pour la caution (A). Mais elle reste une protection fragile , fondée sur un droit hasardeux aux contours incertains (B).

#### **A) L'EXTENSION DU DROIT D'EXCEPTION D'INEXECUTION AUX CAUTIONS**

Désignée parfois sous le nom d'exception non adimpleti contractus, l'exception d'inexécution est le moyen de défense dont dispose chaque partie au contrat synallagmatique , lui permettant de ne pas exécuter son obligation tant que son cocontractant n'a pas fourni la prestation à laquelle il est tenu<sup>1046</sup>. Du fait de ce caractère de réciprocité, les obligations d'un contrat synallagmatique « doivent en effet être exécutées trait pour trait »<sup>1047</sup>. Tout manquement à cette exigence compromettrait gravement l'équilibre de la convention . Le contractant lésé peut donc, pour faire pression sur son partenaire, décider de suspendre l'exécution de sa

---

<sup>1046</sup>M. Cabrillac, Droit des obligations, op.cit.

<sup>1047</sup>M. Cabrillac, préc.

propre obligation<sup>1048</sup>. Ce droit résulte donc d'un rapport contractuel au profit de parties d'un même contrat et ne peut donc, en vertu de l'effet relatif des contrats, bénéficier aux tiers.

Or, le cautionnement donne à la caution, « débiteur de renfort », l'opportunité d'invoquer dans ses rapports directs avec le créancier des exceptions issues d'un rapport d'obligation qui lui est étranger. En effet, aux termes de l'article 2313 al.1 du Code civil<sup>1049</sup>, « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ».

L'extension du droit d'exception d'inexécution aux cautions est une faveur légale qui leur profite largement et dont elles ne se privent pas pour contrer les poursuites du créancier<sup>1050</sup>. Cette reconnaissance, qui ouvre droit à la caution le bénéfice des exceptions du débiteur principal, tient en échec le principe fondamental de la relativité des conventions. Mais ce droit est perçu encore une fois comme le prolongement des différentes propositions tirées du caractère accessoire du cautionnement. En tant que « débiteur d'une obligation accessoire dans une opération à trois personnes »<sup>1051</sup>, la caution doit naturellement être protégée par les mêmes moyens de défense que détient le débiteur principal. En puisant dans les relations de son créancier avec le débiteur principal, et donc en vertu d'un autre contrat, la caution trouve une nouvelle porte de sortie mais dont l'issue est incertaine (B).

## **B) UN DROIT HASARDEUX AUX CONTOURS INCERTAINS**

Le principe de l'interdépendance entre la créance garantie et la sûreté n'est pas absolu<sup>1052</sup>. Aussi, conformément à l'article 2313 al.2 C. civ., la caution ne peut opposer les exceptions

---

<sup>1048</sup>Req. 4 février 1889, DP.121. Prévue par le Code civil au sujet de quelques contrats spéciaux, « l'exception d'inexécution a été reconnue comme un principe général s'appliquant à tous les contrats synallagmatiques et même au-delà ». Sur le sujet voir C. Malecki, L'exception d'inexécution, thèse LGDJ, préf. J. Ghestin, Bibliothèque de droit privé, T.321, 1999.

<sup>1049</sup>Anc. art. 2036 C. civ.

<sup>1050</sup>La jurisprudence retient une conception large de la notion d'exception inhérente à la dette. De fait, la caution peut jouir de très nombreuses causes d'extinction de la garantie, trouvant leur source dans les rapports unissant le débiteur à son créancier : ex. Cass. com. 5 déc. 1995, D. 1996, p. 268; Cass. com. 24 janv. 1990, Bull. Civ. n°20, p. 14; Rép. Defrénois 1990, p.812, obs. Aynes, D.S. 1990, p.386; Cass. com. 17 juillet 1990, Gaz. Pal. 1990, p.678, note S. Piédelièvre; D. 1990, p.494, note A. Honorat; Cass. civ. 1er juin 1983, Bull. Civ. n°165, p.145; Cass.com.30 nov. 1982, Bull. civ. n°384, p. 321; Cass.com. 23 mars 1981, Bull. civ. VI, n°152, p.120; Cass. com. 25 nov. 1974, Bull. civ. n°298, p. 247.

<sup>1051</sup>J. Ngafaounain, Les mécanismes de protection de la caution, op.cit.

<sup>1052</sup>J. Ngafaounain, Les mécanismes de protection de la caution, préc.



purement personnelles au débiteur principal. Les exceptions strictement personnelles sont celles qui se fondent « sur des effets de droit que la loi attache à une qualité personnelle » et qui ne peuvent être soulevées que par la personne qui détient la qualité requise<sup>1053</sup>.

En conséquence, la caution est autorisée à réclamer toutes les exceptions que peut invoquer le débiteur, sauf celles liées à l'incapacité de ce dernier<sup>1054</sup>. En cantonnant à la seule incapacité du débiteur principal, la notion d'exception purement personnelle est donc interprétée de manière stricte<sup>1055</sup>.

Selon l'article 2289 C. civ.<sup>1056</sup>, « le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ». Parce qu'il est accessoire à la dette principale, le cautionnement ne peut garantir, à peine de nullité, qu'une obligation valable. Dès lors, si l'obligation principale est frappée de nullité, le cautionnement doit également être nul. Mais une précision doit être apportée selon qu'il s'agit d'une nullité absolue ou relative de l'obligation du débiteur principal. Dans le cas d'une nullité absolue de la dette principale, cela ne pose aucune difficulté, la nullité du cautionnement s'impose. Sachant que dans le cadre d'une nullité absolue, toute personne intéressée est habilitée à l'invoquer, la caution est en mesure de soulever ladite nullité du contrat de base passé entre le créancier et le débiteur, et ceci même si le débiteur principal n'a entrepris aucune démarche en ce sens<sup>1057</sup>.

La solution est moins évidente dans l'hypothèse d'une nullité relative, et plus spécifiquement pour vice du consentement. Dans quelle catégorie ranger l'exception de nullité relative pour vice du consentement ? Est-elle une exception inhérente à la dette ou une exception purement personnelle au débiteur principal ? « Les vices du consentement ne peuvent être séparés du consentement lui-même, ils sont donc « inhérents à la dette » »<sup>1058</sup>. Dans cette logique, la nullité relative de la dette principale pour vice du consentement doit en principe conduire à la

---

<sup>1053</sup>A. Schneider, « Des exceptions que la caution peut opposer au créancier . Pour un retour aux sources », JCP.G.2002.1, p.121.

<sup>1054</sup>Cass. civ. 3ème, 11 mai 2005, Bull. civ. III, n°101; RTDciv.2005, p.590, obs. J. Mestre et B. Fages; D.2005, IR. p.1451; JCP.G.2005.IV, p.2422 ; RD bancaire et fin. 2005, n°126, obs. Legeais; Rev. Lamy, dr.civ. Août-sept. 2005, p.36, obs. Marraud des grottes; Cass. civ. 1ère, 8 oct. 1996, JCP.E.1997, p.679, n°8, obs. Simler.

<sup>1055</sup>Cass. Ch. Mixte, 8 juin 2007, JCP.G.2007.II, 10138, note Ph. Simler; D.2007, p.2201, note D. Houtcieff; JCP.E.2007.1861, note Piedelièvre, Droit et procédures 2007, p. 295, note Y. Picod; voir aussi J. Casey, La nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal: une exception purement personnelle, JCP.G.2007. Act. 274; D.2007. AJ. p.1782, note Avena- robardet.

<sup>1056</sup>Anc. art. 2012 al. 1er C. civ.

<sup>1057</sup>D. Legeais, op.cit.

<sup>1058</sup>Y. Picod, Droit des sûretés, op.cit.

nullité du cautionnement. Pour se décharger, la caution peut donc demander à ce que le contrat principal affecté par un vice du consentement commis par le créancier à l'encontre du débiteur soit anéanti. Telle est la vision de la doctrine<sup>1059</sup>.

Mais dans un arrêt du 8 juin 2007, la Cour de cassation en a décidé autrement en considérant que, « la caution qui n'avait pas été partie au contrat principal, n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal est destinée à protéger ce dernier, et constitue une exception purement personnelle »<sup>1060</sup>. Ainsi, le dol du créancier à l'égard du débiteur est considéré comme une exception purement personnelle à ce dernier dont la caution ne peut se prévaloir. Cet arrêt a suscité l'étonnement de la doctrine qui y voit une atteinte caractérisée au caractère accessoire du contrat de cautionnement<sup>1061</sup>. Nier cet aspect fondamental, c'est d'une certaine manière admettre que le contrat accessoire soit valable alors que le contrat principal est nul pour vice du consentement. Ce qui a amené un auteur à se demander si « le cautionnement était encore une sûreté accessoire »<sup>1062</sup>. D'autant que cette jurisprudence concernera nul doute tous les autres vices du consentement<sup>1063</sup>. Ce qui laisse penser que la Cour de cassation n'a pas fini « d'écorcher le caractère accessoire du cautionnement »<sup>1064</sup>, pour le plus grand malheur des cautions qui voient la catégorie des exceptions purement personnelles au débiteur principal s'allonger<sup>1065</sup>. Mais l'arrêt du 11 mai 2005<sup>1066</sup>, autorise à croire que tout espoir n'est pas perdu pour la caution à qui il est reconnu la faculté de se prévaloir « du dol dont a été victime le débiteur principal, combien même ce dernier ne l'avait pas soulevé ».

Pour se défendre lorsque le créancier la poursuit, la caution a aussi la possibilité d'invoquer le bénéfice de discussion et le bénéfice de division (§2).

---

<sup>1059</sup>Y. Picod, préc.

<sup>1060</sup>Ch. mixte, 8 juin 2007, op.cit. . Dans le même sens voir Paris 19 février 1999, Juris-Data, n°12, 1999-020314; Rapp. Civ. 1Re , 20 janvier 1998, n°de pourvoi 96-10433.

<sup>1061</sup>Y. Picod , op. cit. .

<sup>1062</sup>Ph. Simler, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire? » , Mélanges G. Goubeaux, Dalloz-LGDJ, 2009, p.497.

<sup>1063</sup>Ph. Simler, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire? », préc.

<sup>1064</sup>Op. préc.

<sup>1065</sup>Ex. Cass. com. 22 septembre 2009, n°08-10389 qui classe la responsabilité d'un établissement bancaire pour rupture abusive de crédit dans les exceptions personnelles, inopposables par la caution.

<sup>1066</sup>Cass.civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005, n°03-17682, préc..

## **§2) LA PROTECTION DE LA CAUTION FONDEE SUR LES EXCEPTIONS DILATOIRES**

L'étude des origines du cautionnement nous a permis de comprendre bien des choses sur cette sûreté personnelle, et le pourquoi du comment d'une telle protection de la caution<sup>1067</sup>. Notre introduction générale fut d'ailleurs l'occasion de retracer les grandes lignes de cette évolution historique en exposant les formes les plus anciennes du cautionnement comme la sponsio ou la fidejussio. Ainsi, en remontant le temps et en nous arrêtant au droit romain, on observe que cette période a beaucoup contribué dans l'apport de mécanismes protecteurs du garant<sup>1068</sup>. C'est ainsi que lorsqu'elle est poursuivie par le créancier, le cautionnement confère à la caution deux prérogatives non négligeables : le bénéfice de discussion (A) et le bénéfice de division (B). Ces dernières sont particulièrement handicapantes pour le créancier, puisqu'elles vont retarder les poursuites qu'il lancera contre la caution.

### **A) L'EXCEPTION DE DISCUSSION**

Fondé sur des considérations d'équité, le bénéfice de discussion est un instrument juridique utile à la caution qui peut ainsi repousser l'action du créancier lorsque le débiteur a la possibilité de payer. Ses origines lointaines et le but qui lui est assigné feront de cette exception un moyen de défense incontournable dans l'arsenal protecteur de la caution. Cette dernière est toutefois obligée de composer avec les conditions strictes qu'une telle faveur suscite pour sa mise en œuvre.

Au commencement, le bénéfice est une œuvre de l'empereur Justinien qui, faisant preuve de charité chrétienne à l'égard des cautions, va lors des réformes touchant la fidejussio, leur reconnaître ce droit. La caution que le créancier poursuivait en premier lieu se voyait alors consacrer la possibilité de renvoyer ledit créancier à « discuter », c'est-à-dire « secouer » d'abord le débiteur principal<sup>1069</sup>. Le cautionnement tel que nous le connaissons actuellement

---

<sup>1067</sup>C. Jallamion, C. Lisanti, « Le cautionnement : perspectives historique et contemporaines », Droit et patr. , n°172, juillet-août 2008, p.47 ; C. Tartari, De la fidejussio en droit romain, du cautionnement en droit français, Thèse Grenoble, 1875.

<sup>1068</sup>R. Villers, Droit romain et ancien droit français, Les obligations, Précis Dalloz, 1976 ; Hubrecht, Manuel de droit romain, t.2, Les obligations, LGDJ, 1943 ; Monier et Lepointe, Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Sirey, 1954 ; Guillouard, Traité du cautionnement et des transactions, 1894, Recueils Jean Bodin, Les sûretés personnelles, 3 volumes, éd. Librairie encyclopédique ; J. Macqueron, Histoire des obligations, Le droit romain, Publications du Centre d'Histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité classique, Aix-en-Provence, 2<sup>ème</sup> éd. 1975 ; Monier, Manuel élémentaire de droit romain, t.2, Domat-Montchrestien, 1936.

<sup>1069</sup>Pour une rétrospection, voir R. Thisse, L'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité, Thèse Montpellier, 1895 ; L. Hervé, Cautionnement, solidarité, Indivisibilité, Etude comparée, Thèse 1940, Université Bordeaux.

avec l'engagement accessoire de la caution prend dès lors forme. Cela sera une exceptionnelle avancée dans les droits de la caution qui voit progressivement son sort adouci. En supprimant légalement l'effet extinctif de la *litis contestatio* et en donnant le bénéfice de discussion à la caution, Justinien n'a fait que se conformer aux exigences de l'équité et à l'intention des parties<sup>1070</sup>. Puisque la caution ne s'est engagée qu'au cas où le débiteur principal n'a pu désintéresser le créancier, celle-ci ne doit intervenir de fait qu'après coup pour remédier à l'impayé. Inexistant dans le très ancien droit français, le bénéfice de discussion sera introduit en France par la reconnaissance du droit romain dans notre pays<sup>1071</sup>.

Désormais, le créancier est donc contraint « de discuter » les biens du débiteur principal avant d'actionner la caution. L'obligation de cette dernière est donc « conditionnelle »<sup>1072</sup>. En d'autres termes, si la condition du non-paiement par le cautionné venait à se produire, la caution serait malheureusement tenue de régler la dette. Certains diront à ce titre que techniquement, puisque ce garant n'est qu'un « débiteur de renfort » destiné à intervenir qu'en seconde position, l'obligation doit être qualifiée de subsidiaire. Mais selon nous, ce principe de subsidiarité doit être accueilli avec certaines réserves. En effet, d'une part, tous les cautionnements ne sont pas subsidiaires, c'est le cas par exemple pour le certificat de caution. En outre, ce caractère subsidiaire peut être mis en touche par une clause insérée dans le contrat et par laquelle la caution renonce à demander au créancier à poursuivre le débiteur principal ; de la même manière qu'on ne peut parler de subsidiarité lorsque le cautionnement est solidaire<sup>1073</sup>. La caution solidaire, par rapport à la caution simple, ne dispose d'aucun privilège d'ordre<sup>1074</sup>. Elle ne peut de fait inviter le créancier à s'adresser préalablement au débiteur principal. Le créancier peut alors discrétionnairement jeter son dévolu sur elle dès lors qu'elle a mis une croix sur la protection que lui conférerait l'exception de discussion. C'est du pain béni pour les créanciers qui dans la pratique multiplient les conventions neutralisant le bénéfice de discussion. Mais pour éviter les abus de leur part, la renonciation par la caution à cet avantage est strictement encadrée afin de lui permettre de mesurer l'ampleur de cet abandon. Pour ce faire, des formes contraignantes viendront par exemple attirer l'attention de la caution personne physique ayant souscrit un cautionnement dans un acte sous seing privé au profit d'un créancier professionnel en l'obligeant à exprimer sa renonciation en rédigeant de sa main la formule suivante : « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X....., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... ». Les mots sont clairs et ne peuvent laisser aucun doute sur la volonté de la caution qui a écrit cette mention de ne pas bénéficier de la protection de l'article 2298 du code civil. Aussi, parce que « l'écriture des mots est une condition de l'intellection de l'engagement souscrit. (...) la sanction devrait s'appliquer comme un couperet et inciter donc les parties à une grande vigilance »<sup>1075</sup>, tout manquement au formalisme sus-décrit devrait être sanctionné avec la plus grande sévérité en

---

<sup>1070</sup> Sur ces points, il fut largement inspiré par les innovations de la pratique de l'époque.

<sup>1071</sup> Sur l'évolution, R. Thisse, préc.

<sup>1072</sup> G. Piette, op. cit.

<sup>1073</sup> « La solidarité est incompatible avec la subsidiarité », F. Zenati-Castaing, T. Revet, op.cit.

<sup>1074</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, préc., D. Legeais, Les sûretés et les garanties, op.cit.

<sup>1075</sup> F. Zénati-Castaing, T. Revet, op. cit.

frappant le cautionnement de nullité<sup>1076</sup>. La jurisprudence fera preuve de plus de souplesse en se contentant de requalifier le cautionnement solidaire en cautionnement simple<sup>1077</sup>.

De plus, en présence d'une renonciation au bénéfice de discussion, il ne peut y avoir de cautionnement indéfini. En vue de protéger la caution, son engagement doit être « limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires ». Grâce aux précisions apportées sur la dette et à la limite temporelle consignée, la caution qui contracte à une vue d'ensemble lui épargnant bien des surprises. A défaut, le code de la consommation à l'article L.341-5 C. cons. est là pour réputer non écrite la stipulation de renonciation au bénéfice de discussion.

Toujours utile que la caution se doit de réfléchir avant d'écarter dans le contrat de cautionnement le bénéfice de discussion. Sans quoi, elle pourrait amèrement le regretter puisqu'un tel avantage aura pour effet essentiel de retarder les poursuites lancées contre elle par le créancier.

Néanmoins, si la mise en cause du débiteur principal par la caution lorsqu'elle est poursuivie la première constitue une étape fondamentale dans son processus de protection, ce bénéfice ne doit pas nuire excessivement au créancier et par conséquent à l'efficacité de la sûreté qu'il est en droit d'attendre<sup>1078</sup>.

C'est pourquoi, pour pouvoir profiter pleinement des effets de cette prérogative, la caution devra respecter certaines conditions. Mais ces dernières sont relativement lourdes. En effet, énumérées par les articles 2299 et 2300 du Code civil, ces exigences font apparaître, avant toute chose, l'obligation pour la caution de requérir le bénéfice de discussion « dès les premières poursuites dirigées contre elle par le créancier ». Cela suppose donc que le créancier ait d'abord fait appel à elle. Et comme la caution n'est qu'un débiteur de « secours » tenue qu'en cas de défaillance de celui qu'elle cautionne, le créancier doit nécessairement agir en paiement au préalable contre le débiteur principal. En tant qu'exception, le bénéfice de discussion doit être invoqué « in limine litis », c'est-à-dire avant toute défense au fond.

Ensuite, il appartient à la caution de faire connaître au créancier les biens du débiteur à saisir<sup>1079</sup>. Sur ce point, le Code civil se révèle particulièrement pointilleux en encadrant les biens pouvant être utilement discutés<sup>1080</sup>. En effet, afin d'éviter toute manœuvre dilatoire, il est précisé que ces derniers doivent notamment être situés dans le ressort de la Cour d'appel du domicile du débiteur. Etant entendu également que ces biens ne doivent être ni aliénés, ni litigieux<sup>1081</sup>. Certains auteurs comme Messieurs Thisse, Pothier ou Guillouard, sont même

---

<sup>1076</sup> Article L.341-3 C.cons.

<sup>1077</sup> Cass.civ., 5 avril 2012 ; RD. Bancaire et fin. 2012, 86, obs. A. Cerles, JCP E 2012, 1748, n°3, note Ph. Simler ; Cass.com. 16 octobre 2012 ; Droit et patr. février 2013, p.77, obs. Ph. Dupichot et L. Aynès ; Cass.com.8 mars 2011, n°10-10699 ; D.2011,1193, note Y. Picod ; JCP 2011, 1270, obs. D. Legeais .

<sup>1078</sup> F. Zénati-Castaing, T. Revet, op. cit.

<sup>1079</sup> Article 2300 al. 1<sup>er</sup> C.civ.

<sup>1080</sup> Article 2300 al. 2 C.civ.

<sup>1081</sup> Cette solution retenue déjà dans l'Ancien droit devait éviter au créancier d'attendre jusqu'à la fin du procès : sur ces aspects, R. Thisse, L'histoire et le rôle du cautionnement et de la solidarité, op.cit.

d'avis que ces biens à saisir soient indiqués par la caution en une seule fois afin que le créancier ne fasse l'objet d'aucun retard qui pourrait lui porter préjudice<sup>1082</sup>.

Il est enfin demandé à la caution de financer la discussion des biens<sup>1083</sup>. Il est souvent mis en avant l'équité pour faire profiter à la caution de telle ou telle largesse ; et bien ici, il ne serait pas équitable de faire peser sur le créancier les frais de cette faveur accordée à ladite caution<sup>1084</sup>.

Dès lors que la caution a valablement opposé le bénéfice de discussion, celui-ci produira ses effets. La caution sera alors pour un temps à l'abri des poursuites du créancier qui sont suspendues. Ces dernières ne pourront en principe reprendre qu'après la vente des biens du débiteur principal et s'il apparaît que cette entreprise n'a pas suffi à désintéresser intégralement le créancier.

Il faut en outre préciser, que dans l'hypothèse où le créancier fait malgré tout le choix de ne pas poursuivre le débiteur principal, il prend alors un grand risque puisque l'article 2301 du Code civil le rend responsable à l'égard de la caution de l'insolvabilité du débiteur principal résultant du défaut des poursuites, et ceci « jusqu'à concurrence de la valeur des biens indiqués ». Bien évidemment, comme pour toute mise en responsabilité, cette disposition nécessite que soit rapportée une faute du créancier.

La mise en jeu de l'exception de discussion avec l'étroitesse des règles édictées par le Code civil ne libère donc pas nécessairement la caution. Il faut pour cela que la discussion ait été efficace et qu'elle ait permise au créancier de trouver entière satisfaction. Dans le cas contraire, la caution pourrait même se retrouver dans une situation extrêmement désagréable dans laquelle elle aurait à payer bien plus en raison du cours des intérêts et des frais engagés<sup>1085</sup>. En cela, le bénéfice de discussion est à double tranchant pour la caution.

Il est à noter qu'en aucun cas une caution ne peut invoquer la discussion des biens d'une autre caution. Les cautions ne sont habilitées à réclamer entre elles que le bénéfice de division (B).

## **B) L'EXCEPTION DE DIVISION**

Introduite pour la première fois en droit romain par la loi « furia »<sup>1086</sup>, l'exception de division trouvera peu à peu sa place dans les mécanismes protecteurs de la caution. A l'époque, son apparition ne fit pas l'unanimité et créa vite l'inquiétude chez les créanciers qu'elle défavorisait. En effet, contraints de diviser leurs poursuites entre toutes les cautions qui ont

---

<sup>1082</sup>R. Thisse, préc. ; Pothier, op.cit. , Guillouard, op. cit.

<sup>1083</sup>Cass.civ., 2<sup>ème</sup>, 23 octobre 2008, n°07-20035 ; Banque et droit, décembre 2008, p.47, note F. Jacob ; JCP 2009.I.150, n°1, note Ph. Simler ; D.2008, p.2802, obs.I. Gallmeister .

<sup>1084</sup>R. Thisse, op.cit.

<sup>1085</sup>P.Y. Ardoy , Droit des sûretés , op.cit.

<sup>1086</sup>Pour plus de détails sur cette loi : C. Jallamion , C. Lisanti , « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines », Droit et patr. , n°172, juillet-août 2008, p.47. R. Thisse , op. cit.

cautionné la dette du débiteur principal, ces derniers auront alors tendance à solliciter d'autres engagements. Aussi, pour remédier à cela, cette faveur accordée à la caution sera remise en cause pour disparaître sous la fidejussio. Le garant ne disposera alors plus de recours contre les autres cautions. Mais cette rigueur affectant la caution ne durera qu'un temps. Car, à l'image du bénéfice de discussion, l'exigence d'équité reprend le pas sous le règne de l'empereur Hadrien qui restituera à la caution cet avantage par un rescrit impérial. Justinien confortera cet acquis au VI<sup>ème</sup> siècle. De fait, dès lors que plusieurs cautions se sont engagées pour couvrir le même débiteur, il ne peut être concevable nom de l'équité que l'une d'entre elles puisse être défavorisée en supportant seule toute la dette.

Cette idée trouve écho dans le Code civil. Certes, ses rédacteurs commencent par énoncer que « lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette »<sup>1087</sup>, dérogeant ainsi au droit commun des obligations qui prévoit pourtant que l'obligation plurale se divise de plein droit entre les débiteurs. Si l'on s'en tient à l'affirmation de l'article 2302 C.civil, le créancier peut donc réclamer à chaque caution le paiement de la totalité de la dette. La situation des cofidéjusseurs était dès lors confondue avec celle des codébiteurs solidaires<sup>1088</sup>

Heureusement, les cofidéjusseurs finiront par obtenir une exception reprise à l'article 2303 du Code civil<sup>1089</sup> et qui autorise chaque caution à exiger du créancier la division de la dette entre les autres cautions. En prévoyant que « le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution », le législateur confère au cofidéjusseur l'assurance d'être protégé contre le risque de se voir supporter seul l'intégralité de la dette. Une faveur non négligeable, surtout si ladite dette est conséquente.

En outre, pour la caution poursuivie, le bénéfice de division présente aussi l'avantage de ne pas l'obliger à exercer de recours en contribution contre les cofidéjusseurs, recours qui pourrait s'avérer infructueux en raison de la survenance de l'insolvabilité desdites cautions<sup>1090</sup>.

L'exception de division est un droit ouvert à toutes les cautions simples ainsi qu'aux cautions judiciaires. En revanche, ne peuvent en bénéficier les cautions ayant inséré dans le contrat de cautionnement une stipulation de solidarité, ainsi que les cautions réelles. De même, dans la mesure où le bénéfice de division n'est pas possible entre la caution et le débiteur principal, il ne peut <sup>1091</sup> être opposé entre une caution et son certificateur, ce dernier étant « la caution de la caution ».

---

<sup>1087</sup> Article 2302 C.civ. anc. Art. 2025 C.civ.

<sup>1088</sup> Cette confusion date déjà de la sponsio et que la fidejussio a eu du mal à gommer. La tradition perdurera jusque dans le Code civil. Pour certains auteurs comme Pothier, cette dérogation au droit commun s'explique car « il est de la nature du cautionnement de s'obliger à tout ce que doit le débiteur principal, et par conséquent chacun de ceux qui le cautionnent est censé contracter cet engagement à moins qu'il ne déclare expressément qu'il ne s'oblige que pour une partie » : Pothier, Traité des obligations, n°416, op. cit.

<sup>1089</sup> Ancien article 2026 C.civ.

<sup>1090</sup> P.Y. Ardoy, op.cit.

<sup>1091</sup> R. Thisse, préc.

La mise en œuvre de ce bénéfice est beaucoup moins contraignante que celle de l'exception de discussion. La caution pourra donc l'opposer plus facilement. Aussi, si le bénéfice de discussion exigeait par exemple d'être opposé « dès les premières poursuites », l'exception de division quant à elle est admise en tout état de cause contre l'action du créancier. Toutefois, à l'instar du bénéfice de discussion, il est également analysé comme une exception dilatoire<sup>1092</sup> et doit en conséquence pour être recevable être opposée « in limine litis », avant toute défense au fond.

Comment s'opère la division ? La division ne s'exerce qu'entre cautions solvables<sup>1093</sup>. L'alinéa 2 de l'article 2303 du Code civil nous précise néanmoins que la caution insolvable n'en est exclue que « dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division ». Ce qui signifie que si l'insolvabilité d'une caution est apparue avant la mise en œuvre du bénéfice de division, les autres cautions devront supporter sa défaillance<sup>1094</sup>. La caution qui sollicite la division ne sera quant à elle tenue qu'à sa part dans la dette. Ainsi, l'un des effets protecteurs de l'admission de l'exception de division, est pour l'intéressé de ne pas être inquiété par le risque d'insolvabilité des autres cautions.

En conclusion, ce que nous pouvons retenir sur les exceptions de discussion et de division, c'est que ces deux mesures constituent de belles opportunités pour la caution de limiter son engagement. En reprenant ces droits du droit romain, les rédacteurs du Code civil ont fait le choix de protéger davantage la caution, en tout cas plus qu'elle ne l'était jadis dans l'Ancien droit français<sup>1095</sup>.

Mais aujourd'hui, la protection que ces deux exceptions procurent à la caution est toute relative. L'argument qui donne un relief puissant à cette affirmation s'observe dans la pratique puisque dans la majorité des cas, les cautions renoncent dans le contrat à ces avantages en s'engageant solidairement aux côtés du débiteur principal. Il suffit de se rendre sur le site « Légifrance » pour constater cette tendance<sup>1096</sup>. « Le cautionnement simple que les rédacteurs du Code civil entendaient ériger en modèle avec l'assurance d'un meilleur équilibre entre la caution et le créancier devient désormais l'exception »<sup>1097</sup>. En neutralisant ces deux bénéfices devenus trop gênants pour eux, les créanciers s'assurent ainsi une meilleure garantie. De fait, l'intérêt de ces faveurs devient à présent plus théorique que pratique<sup>1098</sup>. Les cautions trouveront alors refuge dans une autre exception, le bénéfice de subrogation aux pouvoirs très attrayants (Section 2).

---

<sup>1092</sup>Article 108 du Code de procédure civile

<sup>1093</sup>Sur cet aspect C. Albiges, M-P. Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, op.cit. ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, op.cit.

<sup>1094</sup>Il appartiendra toutefois au créancier de prouver l'insolvabilité de telle ou telle caution.

<sup>1095</sup>C. Jallamion, C. Lisanti, op.cit.

<sup>1096</sup>Exemples d'arrêts où les cautions ont renoncé à leur bénéfice de discussion ou de division : Cass.civ. , 1<sup>ère</sup>, 1 juillet 2015, 14-13.281, inédit ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2015, 14-24.287 ; Cass.civ.3<sup>ème</sup>, 7 juillet 2015, 14-13.028, inédit ; Cass.civ. 2<sup>ème</sup>, 25 juin 2015, 14-18.967 ; Cass.com. 5 mai 2015, 14-16644 ; Cass.com., 24 mars 2015, 14-11.759, inédit ; Cass.civ. 3<sup>ème</sup>, 17 février 2015, 13-27.245, inédit..... : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

<sup>1097</sup>D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, op.cit.

<sup>1098</sup>P. Ancel, *Droit des sûretés*, op.cit.



## **SECTION 2 : LA PROTECTION CONSACREE PAR L'EXCEPTION DE SUBROGATION DE L'ARTICLE 2314 C.civ.**

L'exception de subrogation, ou plus exactement l'exception « de défaut de subrogation »<sup>1099</sup>, connue également sous son nom d'origine latine de « bénéfice de cession d'actions », est un moyen de défense très prisé par la caution. L'abondant contentieux qu'il génère révèle qu'il est même celui qu'elle soulève le plus pour tenter de se libérer de son engagement<sup>1100</sup>. En effet, ayant pour principale finalité de la protéger, l'article 2314 du Code civil<sup>1101</sup> énonce que « la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier s'opérer en faveur de la caution ». Et pour renforcer cette protection et éviter que les créanciers n'y échappent en faisant renoncer la caution à ce droit, l'article 62 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 vient préciser que « toute clause contraire est réputée non écrite ».

« Véritable piège pour le créancier »<sup>1102</sup>, le bénéfice de subrogation fascine autant qu'il intrigue. Indissociable du cautionnement, ce mécanisme de protection qui entend sanctionner le comportement du créancier qui n'a pas su protéger efficacement le recours subrogatoire de la caution (§1), se voit assorti de diverses contraintes pour sa mise en œuvre (§2).

### **§1) L'EXIGENCE POUR LE CREANCIER DE PRESERVER L'EFFICACITE DU RECOURS SUBROGATOIRE DE LA CAUTION**

La passivité contractuelle à laquelle pourrait prétendre le créancier d'un contrat unilatéral semble désormais tout à fait illusoire dans le cautionnement<sup>1103</sup>. L'exception de subrogation qui contraint le bénéficiaire de la sûreté personnelle au respect de conserver le recours subrogatoire de la caution en est une illustration éloquente<sup>1104</sup>.

---

<sup>1099</sup> M.N. Jobard-Bachelier, V. Brémont, Droit civil, Sûretés, Publicité foncière, LMD, 17<sup>ème</sup> éd. 2014.

<sup>1100</sup> Là encore, en nous référant au site de Légifrance ( <http://www.legifrance.gouv.fr/> ) nous pouvons citer à titre d'exemples les arrêts suivants : Cass.com., 8 avril 2015, pourvoi n°13-22.969 ; Cass.com. , Chambre mixte, 27 février 2015, pourvoi n°13-13709 ; CA de Versailles, 11 juin 2015, n°13.02895 ; Cass.com. 4 novembre 2014, n°13-23210, Inédit ; Cass.com., 16 septembre 2014, pourvoi n°13-19.040, Inédit ; Cass.com.28 janvier 2014, n°12-24.592...

<sup>1101</sup> Ancien article 2037 C.civ.

<sup>1102</sup> D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, op.cit.

<sup>1103</sup> R. Marty, « Cautionnement et comportement du créancier », JCP E 2007, septembre, n°37, p.9

<sup>1104</sup> G. Piette, « Le devoir d'assurer l'efficacité de la subrogation », RLDA, 2008, n°24, p.116 ; D. Vidal, « Le bénéfice de subrogation », Droit et patr. juin 1996, p.50 ; E. Cordelier, « A propos de l'article 2037 du Code civil », RTDcom. 2004, p.667 ; Ch. Juillet, « L'évolution contemporaine du « fait du créancier » au sens de l'article 2314 du Code civil », LPA 27 décembre 2007, p.7 ; Ch. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, préf. M. Cabrillac, Litec 1979, Bibl. dr. ent. , n°384, p.490 ; G. Mégret, Les recours du garant, Contribution à l'étude du cautionnement de la garantie autonome en droit interne, préf. Stoffel-Munck, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011 ; D. Houtcieff, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », op.cit. ; R. Marty, préc.

Héritée du droit romain<sup>1105</sup> qui véhiculait une volonté farouche de ces rédacteurs d'adoucir le sort de la caution, cette faveur, symbole de la naissance de « la police des comportements contractuels » dans le cautionnement, va susciter de nombreux questionnements. La première difficulté réside dans son fondement (A). Mais l'interprétation extensive par la jurisprudence de ce bénéfice, que ce soit au niveau des bénéficiaires ou de l'analyse des droits perdus par le garant, se révélera plutôt favorable aux cautions (B).

### **A) LA CONTROVERSE AUTOUR DU FONDEMENT DE LA REGLE PROTECTRICE DE L'ARTICLE 2314 C.civ.**

Encore une fois, la caution s'engage comme « un débiteur relais » et non comme « un débiteur définitif de l'obligation »<sup>1106</sup>. Aussi, lorsque certains comportements du créancier viennent anéantir ses chances de recours contre le débiteur, il est normal qu'elle réagisse devant ce qui lui apparaît comme une injustice<sup>1107</sup>. C'est pourquoi, dès lors que la caution a désintéressé le créancier, la loi lui octroie de plein droit le bénéfice de la subrogation des sûretés consenties par le débiteur principal au créancier<sup>1108</sup>. Elle pourra ainsi pleinement exercer son recours après paiement contre la personne cautionnée en qualité de créancier privilégié<sup>1109</sup>. Or, nombreux sont les bénéficiaires d'un cautionnement qui ne jouent pas le jeu, bénéfice de ces sûretés. C'est pourquoi, pour la protéger contre ce risque, le législateur a imaginé l'exception de subrogation de l'article 2314 C.civ. afin de la décharger. Cette disposition est d'ordre public et la caution ne peut y renoncer. Le bénéfice de subrogation devient alors « une cause originale d'extinction du cautionnement »<sup>1110</sup>. Mais sur quoi se fonde cette exceptionnelle protection ? Y répondre n'est pas chose évidente tant ce principe s'oppose au caractère unilatéral du cautionnement. Aussi, « il existe à peu près autant d'explications théoriques de la règle de l'article 2314 C.civ. que d'auteurs s'étant penchés sur la question »<sup>1111</sup>. Qu'on y adhère ou non, toutes les thèses avancées contribuent à leur manière à une meilleure compréhension de ce mécanisme protecteur des intérêts de la caution. Aussi, afin de tirer le meilleur profit des explications apportées, nous nous limiterons aux plus importantes.

Il y a tout d'abord la justification de l'article 2314 du Code civil à travers les notions de cause et de condition. Cette hypothèse portée par des auteurs comme Monsieur Sigalas<sup>1112</sup> fait valoir

---

<sup>1105</sup>G. Lambert, « Du bénéfice de cession d'actions en droit romain », Thèse Paris, 1881 ; F. Zenati-Castaing et T. Revet, Cours de droit civil-Sûretés personnelles, op.cit. ; V.J. Nigoul, « Du cas particulier d'extinction du cautionnement prévue par l'article 2314 », Thèse Toulouse, 1897.

<sup>1106</sup>G. Mégret, Les recours du garant, Contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne, préf. Ph. Stoffel-Munck, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

<sup>1107</sup>J.-B. Seube, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>1108</sup>Article 2306 C.civil

<sup>1109</sup>D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, op.cit.

<sup>1110</sup>Ch. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, préf. M. Cabrillac, Litec 1979, Bibl. droit ent. n°384, p.490.

<sup>1111</sup>Ph. Simler, op.cit.

<sup>1112</sup>P.A. Sigalas, op.cit.

que la caution aurait consenti au cautionnement en raison de l'existence des sûretés garantissant la créance ; faisant ainsi du bénéfice des avantages de la subrogation une condition essentielle de son engagement. Pour étayer cette affirmation, l'auteur s'appuie notamment sur une ancienne jurisprudence qui énonçait que « la contemplation des sûretés promises peut être regardée comme la cause impulsive et déterminante de l'engagement »<sup>1113</sup>. Mais ce fondement volontariste de nature subjective<sup>1114</sup> peine à convaincre et surtout limite l'efficacité de la protection promise.

En effet, outre le fait que « la cause » est une notion complexe, difficilement saisissable<sup>1115</sup>, cette explication se heurte à une objection de taille rappelée dans l'arrêt Lempereur, « la cause de l'obligation de Lempereur (la caution personne physique) était la considération de l'obligation prise corrélativement par la Société Générale, à savoir l'ouverture de crédit à la société Lempereur »<sup>1116</sup>. Ne pouvant se poser en « motif décisif de l'engagement de la caution »<sup>1117</sup>, l'exception de subrogation pourrait tout au plus être rattachée à une « condition implicite »<sup>1118</sup> de sa souscription. Mais cette vision ne tient pas la route et relève même de la fiction<sup>1119</sup> qui induirait dans ce cas une volonté tacite de la caution d'être subrogée dans les droits du créancier. Si la Haute juridiction a pu furtivement retenir cette hypothèse, il ne s'agit là que d'une solution isolée<sup>1120</sup>. D'autant que le caractère d'ordre public de l'alinéa 2 de l'article 2314 C.civ. qui exclut toute renonciation de la caution au bénéfice de subrogation, ôte à cette dernière tout pouvoir de volonté sur ce mécanisme<sup>1121</sup>.

Les notions de cause et de condition ayant révélé leurs faiblesses, il nous faut rechercher l'essence de la protection de l'exception de subrogation du côté de la responsabilité civile contractuelle. Ce fondement, dit « rétributif »<sup>1122</sup>, séduit un peu plus par son réalisme<sup>1123</sup> par rapport à « la construction divinatoire et artificielle »<sup>1124</sup> du fondement volontariste. Elle n'échappe toutefois pas aux critiques.

---

<sup>1113</sup>Cass.civ., 5 décembre 1843 ; D.1844, 1,58 ; Req. 30 juillet 1894, DP.1895, I, 340 ; Req. 4 novembre 1896 ; D.1897, I, 569, obs. Guénée.

<sup>1114</sup>E. Cordelier, « A propos de l'article 2037 du Code civil, observations sur le droit préférentiel », RTDcom. Octobre-décembre 2004, p.667.

<sup>1115</sup>D. Houtcieff, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », RTDciv., Avril-Juin 2006, p.191 ; Monsieur X. Lagarde qui énonce, « A force d'être partout, elle (la cause) serait nulle part » : « De l'utilité de la théorie de la cause », D.2007, p.740.

<sup>1116</sup>Cass.com., 8 novembre 1972, Bull.civ. 1972, IV, n°278 ; D.1973, p.753, note Ph. Malaurie.

<sup>1117</sup>D. Houtcieff, op.cit.

<sup>1118</sup>Ph. Simler, «La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil », JCP G. 1975.I.2711. Retenant la même théorie : Ph. Jestaz, Encycl. Dalloz, Rép. Dr. civ., 2<sup>ème</sup> éd., voir « cautionnement », n°75 ; également, G. Ripert et M. Planiol, Traité pratique de droit civil ; T.XI, Contrats civils, 2<sup>ème</sup> éd.

<sup>1119</sup>D. Houtcieff, op.cit.

<sup>1120</sup>Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 24 février 1982, Bull.civ. I, n°89 ; Defrénois 1982, art.32972, n°97, note J-L. Aubert.

<sup>1121</sup>G. Mégret, préc.

<sup>1122</sup>Correspondant à la seconde catégorie tenue par les auteurs M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Petel, Droit des sûretés, Litec, 9<sup>ème</sup> éd. 2010. Classification reprise par G. Mégret, op.cit. .

<sup>1123</sup>M.N. Jobard-Bachelier, V. Brémond, «De l'utilité du droit de la responsabilité civile pour assurer l'équilibre des intérêts des cocontractants », RTDcom. 1999, 327.

<sup>1124</sup>G. Mégret, op.cit.

Certes, en ayant recours aux termes de « faute », « fait exclusif », ou de « préjudice », la jurisprudence crée la confusion entre la responsabilité et la protection de la subrogation<sup>1125</sup> à laquelle adhère une grande partie de la doctrine<sup>1126</sup> qui n'hésite pas à qualifier « le fait du créancier » de faute. Mais une telle interprétation n'est pas sans incidences. Aussi, les similitudes qui peuvent exister entre les deux mécanismes ne doivent pas nous écarter de l'essentiel.

Comme nous l'avons souligné dans notre première partie, malgré les manifestations de « bilatéralisation », le cautionnement reste un contrat unilatéral dans lequel il est difficile d'admettre qu'un accord de volontés entre la caution et le créancier puisse faire de la conservation des sûretés l'objet du contrat. Soumettre le créancier à une obligation de faire, celle de conserver les sûretés, contrairement à ce que suggère le texte de l'article 2314 C.civ. par « une obligation de ne pas faire, en l'occurrence celle de ne pas porter atteinte aux sûretés »<sup>1127</sup> conduirait certainement à un renforcement de la protection de la caution où la passivité du créancier serait durement sanctionnée. Mais si l'on se place au niveau de la sanction, l'article 2314 C.civ. prévoit une décharge de la caution qui entraînera de fait l'extinction de sa dette<sup>1128</sup>, rien à voir avec les dommages et intérêts du droit commun de la responsabilité civile. D'autant que l'exception de subrogation « n'est qu'un luxe pour la caution, (...), un bouclier pour elle, non une épée entre ses mains »<sup>1129</sup>. Aussi, la thèse de la responsabilité contractuelle doit être évincée pour laisser place à une explication de l'exception de subrogation fondée sur la bonne foi, l'équité<sup>1130</sup>.

Sur la base de ce fondement moraliste<sup>1131</sup>, lorsque la caution souscrit au cautionnement, elle est « en droit de penser que le créancier tiendra compte du fait qu'elle s'engage pour autrui et

---

<sup>1125</sup> « L'application de l'article 2037 du Code civil est subordonnée à un fait de commission ou d'omission, mais imputable au créancier c'est-à-dire fautif » : Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 2 avril 1996, Bull.civ.1996, I, n°100 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 1998, Bull.civ.I, n°88 ; Cass.civ.1<sup>ère</sup>, 9 mai 2001, Bull.civ., n°125 ; Cass.com.13 mai 2003, Bull.civ.,IV, n°71. « Les cautions ne peuvent être déchargées de leurs obligations du fait de la perte de leurs garanties ou de leur subrogation qu'à la condition de démontrer une faute du créancier et le préjudice qui en a résulté » : Cass.com.17 décembre 2002, pourvoi n°99-12.016 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2001, Bull.civ.I, n°275 exprimant la quête d'un lien de causalité entre le dommage subi par la caution et le fait du créancier.

<sup>1126</sup> Ex. A. Duranton, Cours de droit français suivant le Code civil, 4<sup>ème</sup> éd., T.XII, Paris, 1844, n°171, T.XVII, n°382, p.404 : « Il est vrai que l'article 2037 C.civ. parle du « fait du créancier », mais ce mot, nous le croyons n'est pas pris ici dans le sens restrictif d'un fait actif, il est pris dans le sens de l'article 1382 C.civ., qui veut que chacun soit responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Sur ces liens étroits de la subrogation à un cas de responsabilité contractuelle voir aussi R. Demogue, RTDciv. 1914.142, n°50.

<sup>1127</sup> D. Houtcieff, op. cit.

<sup>1128</sup> D. Vital, « Les causes de décharges de la caution par le fait du créancier », Droit et patr., juin 1996, p.50 ; S. Berant-Robet, « La décharge de la caution par application de l'article 2037 C.civ. », RTDciv.1974.309.

<sup>1129</sup> D. Houtcieff, op.cit.

<sup>1130</sup> Cette conception fut très tôt défendue par certains auteurs comme Pothier selon qui « L'obligation du créancier de céder ses actions est fondée sur cette règle d'équité, qu'étant obligés de leur accorder toutes les choses qu'ils ont intérêt d'avoir, lorsque nous pouvons les leur accorder sans qu'il nous en coûte rien », R.J. Pothier, Traité des obligations, op.cit. ; ou encore C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, op.cit. : « Le bénéfice de subrogation serait une déchéance imposée par le législateur au créancier afin de protéger préventivement la caution, pour des raisons d'équité, lorsque le créancier contrevient aux devoirs de bonne foi et de loyauté, qui sont rendus plus sévères par l'existence de droits préférentiels ».

<sup>1131</sup> Toujours en suivant la catégorisation opérée par M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, op. cit.

ne fera rien pour l'empêcher de rentrer dans ses fonds »<sup>1132</sup>. Aussi, on attend du bénéficiaire de la sûreté qu'il adopte un comportement loyal, respectant les règles d'une certaine déontologie contractuelle<sup>1133</sup>. Imprégnant l'article 2314 du Code civil de « solidarisme contractuel »<sup>1134</sup>, la jurisprudence va faire de ce recours « un outil de solution des conflits, une façon de donner à chacun sa juste part (...), une juste rétribution des conduites de chacun »<sup>1135</sup>.

Mais la notion de « bonne foi » fait également l'objet de critiques. Jugée comme « passe-partout »<sup>1136</sup>, en « crise d'identité en raison de la multiplicité des effets qu'on lui attache »<sup>1137</sup>, certains auteurs lui préféreront celle de « déontologie contractuelle »<sup>1138</sup> que Monsieur Aynès définit comme « un ensemble de règles de comportement, en marge du cœur même de la relation contractuelle, précédant la conclusion du contrat, gouvernant son exécution et parfois sa cessation ; et ceci, afin de permettre au contrat d'être socialement utile »<sup>1139</sup>. En ce sens, si le créancier agit mal en fragilisant la situation de la caution en rendant illusoire son recours subrogatoire, celui-ci mérite d'être inquiété par la déchéance prévue par l'article 2314 du Code civil. Ce moyen de pression<sup>1140</sup> sur lequel plane un esprit de collaboration, apparaît comme une bonne protection pour la caution. Une aubaine que la jurisprudence va prolonger en élargissant le domaine d'application du bénéfice de subrogation (B).

## **B) L'INTERPRETATION EXTENSIVE DU BENEFICE DE SUBROGATION**

Quelles sont les personnes protégées ? De toute évidence, pour pouvoir bénéficier de cette disposition, il faut d'abord être caution puisque le texte de l'article 2314 C.civ. commence par « La caution est déchargée ... ». En ne précisant pas sa nature, la disposition laisse de l'espoir à beaucoup de cautions. Ainsi, seront admises à demander leur décharge toutes les cautions personnelles, qu'elles soient simples ou solidaires<sup>1141</sup>, sous-cautions, certificateurs de cautions, donneur d'aval. En revanche, en sont exclus les codébiteurs, combien même ils seraient solidaires<sup>1142</sup>. Cette exclusion peut se comprendre dans la mesure où ce garant a intégré dans son engagement la prise de ces risques. Toutefois, certains auteurs comme

---

<sup>1132</sup>P.A. Sigalas, op.cit.

<sup>1133</sup>R. Marty, « Cautionnement et comportement du créancier », op. cit. ; D. Houtcieff, préc. ; E. Cordelier, op.cit.

<sup>1134</sup>Sur cette notion, Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001.

<sup>1135</sup>M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, et P. Pétel, op.cit.

<sup>1136</sup>J. François, Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui et délégation de créance), Thèse Paris II, 1994, p.324.

<sup>1137</sup>D. Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001, n°1202, p.889.

<sup>1138</sup>

<sup>1139</sup>Aynès, « Vers une déontologie du contrat ? »,

<sup>1140</sup>E. Cordelier, op.cit.

<sup>1141</sup>Selon une jurisprudence constante, ex. Cass.com. 9 avril 2013, n°12-14596.

<sup>1142</sup>Sur ce point, R. Marty, op.cit.

Monsieur Sigalas<sup>1143</sup> se sont insurgés contre la discrimination affectant le codébiteur non intéressé à la dette. Après tout, il s'agit bien d'une caution ! Pourquoi une caution solidaire devrait-elle être mieux traitée que ce dernier ? En puisant dans l'origine et le fondement de l'article 2037 du Code civil, Monsieur Sigalas affirme qu'en principe, il n'y a pas lieu d'opérer une telle distinction dès lors que les personnes concernées bénéficient de l'article 1251 du Code civil. Mais la jurisprudence maintient sa position en refusant à ces codébiteurs l'extension du dispositif protecteur<sup>1144</sup>.

Contrairement aux exceptions de discussion et de division, le bénéfice de subrogation protège un grand panel de cautions. Pour former un véritable rempart aux débordements des créanciers<sup>1145</sup>, cette protection est renforcée par un alinéa 2 de l'article 2314 C.civ. qui interdit toute renonciation à cet avantage. De plus, tout porte à croire qu'en raison de sa finalité protectrice, cette extension du domaine de l'article 2314 C.civ. n'a pas fini de nous étonner et que d'autres garants sont susceptibles d'en bénéficier.

La protection qu'apporte le bénéfice de subrogation à la caution atténue considérablement la rigueur du cautionnement en rétablissant un équilibre entre les parties au contrat. Mais en raison de ses conséquences qui peuvent être préjudiciables au créancier, la mise en œuvre de ce mécanisme de protection exige le respect de conditions strictes, véritables obstacles à la libération de la caution (§2).

## **§2) UN MOYEN DE PROTECTION AUX CONDITIONS DE MISE EN OUVRE** **ETRIQUEES**

Avec le temps, le bénéfice de subrogation est devenu « le fer de lance » des cautions. Mais pour éviter que certaines d'entre elles ne profitent de ce moyen pour s'affranchir trop facilement de leur obligation, leur décharge sera subordonnée à certaines conditions.

Avant toute chose, le bénéfice de l'article 2314 C.civ. n'est pas attribué de plein droit. Pour pouvoir en jouir, la caution doit l'opposer au créancier par voie d'exception<sup>1146</sup>. A partir de là, sa demande est étudiée au regard de trois éléments fondamentaux. En effet, pour espérer une issue favorable, la caution doit démontrer un fait du créancier (A) ayant engendré la perte d'un droit préférentiel (B) qui lui a causé un préjudice (C).

---

<sup>1143</sup>Op. cit.

<sup>1144</sup>Pour un autre regard critique sur cette exclusion, R. Marty, op.cit. .

<sup>1145</sup>D. Houtcieff, op.cit.

<sup>1146</sup>Sur cette exigence, voir R. Thisse, L'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité, op.cit. .

## **A) UN FAIT DU CREANCIER**

Si « le principal droit des créanciers consiste à se faire payer ce qui leur est dû »<sup>1147</sup>, ces derniers doivent garder à l'esprit qu'un tel droit s'accompagne aussi de devoirs<sup>1148</sup>. Aussi, leurs comportements seront scrutés afin de veiller qu'ils ne compromettent pas « le déroulement prévisible du cautionnement »<sup>1149</sup> auquel s'attendent légitimement les cautions. La volonté du législateur de protéger la caution à travers l'article 2314 C.civ. alimentera vivement l'interprétation faite par la jurisprudence du « fait du créancier »<sup>1150</sup> et usera davantage de la notion de « faute » pour le qualifier.

Cette faute imputable au créancier peut se manifester sous diverses formes. De la faute volontaire à la simple imprudence, « le fait du créancier » peut être le fruit d'un acte positif ou d'abstention<sup>1151</sup>. Ainsi par exemple, un créancier commet une faute dès lors qu'il accepte la mainlevée d'une saisie-exécution ou la mainlevée prématurée d'une hypothèque. Tout comme il peut lui être aussi reproché d'avoir déchargé une autre caution ou de s'être dessaisi de biens ou d'effets de commerce mettant en péril le recouvrement des créances. Il est également admis qu'une libération de la caution est possible lorsqu'il est établi que ledit créancier n'a pas procédé à l'inscription du nantissement ou a omis de renouveler celle d'une hypothèque ou d'un privilège<sup>1152</sup>, à délibérément abandonné une sûreté ou de ne pas l'avoir exercé en temps utile<sup>1153</sup>.

En recourant à une formule générale, « fait du créancier », le législateur, ouvrant la voie à la jurisprudence qui retient une interprétation extensive de la faute<sup>1154</sup>, accentue encore plus la protection de la caution en multipliant les cas dans lesquels le comportement du créancier peut être mis en cause. La jurisprudence est allée jusqu'à étudier le caractère fautif ou non de l'action du créancier qui n'a pas exercé une simple faculté qui lui est reconnue.

En principe, puisqu'il s'agit d'une « faculté » pour le créancier aucune faute ne devrait être caractérisée. N'est-il pas libre de gérer ses sûretés comme il l'entend ? Prenons l'exemple d'un créancier gagiste. Trois possibilités s'offrent à lui pour réaliser son gage. Soit il décide de garder le bien jusqu'au règlement intégral par le débiteur principal, soit au contraire il entreprend de vendre la chose pour se faire payer sur le prix et dans ce cas il jouira d'un droit de préférence par rapport aux autres créanciers, soit enfin il sollicite l'attribution en paiement

---

<sup>1147</sup>Cambacérès, 9 août 1793, cité par J-L Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992.

<sup>1148</sup>C. André, *Le fait du créancier contractuel*, Thèse Paris I, préf. G. Viney, LGDJ, *Bibl. de dr. privé*, T.356, 2002 ; C. Juillet, « L'évolution contemporaine « du fait du créancier » au sens de l'article 2314 du Code civil », *LPA*, 27 décembre 2007, n°259, p.6.

<sup>1149</sup>D. Houtcieff, *op.cit.*

<sup>1150</sup>; C. Juillet, *op.cit.*

<sup>1151</sup>L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, *op. cit.*

<sup>1152</sup>Ex. Cass.com., 3 février 1998, D.1998, p.583, note J.P. Chazal ; Cass.civ. , 3 avril 2007, *Bull.civ.* 2007.I.n°138.

<sup>1153</sup>Pour d'autres exemples, voir D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, *op.cit* ; F. Zenati-Castaing , T. Revet, *Cours de droit civil, Sûretés personnelles*, *op.cit.* ; P.Y. Ardois, *Fiches de droit des sûretés*, *op.cit.* ; M.N. Jobard-Bachelier, V. Brémond, *Sûretés, publicité foncière*, *op.cit.* .

<sup>1154</sup>D. Legeais, *op. préc.*

dudit bien<sup>1155</sup>. Ces différents modes de réalisation du gage ne donnent évidemment pas lieu aux mêmes avantages, ce qui conduira le créancier à faire le choix de la solution qui lui sera la plus favorable. Si la question divise la jurisprudence<sup>1156</sup>, il ressort que le créancier doit cesser d'agir égoïstement en ne pensant qu'à son intérêt personnel pour intégrer désormais dans sa décision les intérêts de la caution ; sans quoi il s'expose à l'extinction du cautionnement. Est-ce à dire que toutes les facultés doivent se transformer en obligations en présence d'un cautionnement ? Les commentaires se rapportant à l'arrêt du 17 novembre 2006 de la Chambre mixte tendent à le faire croire<sup>1157</sup>. Mais les divergences entre les deux formations de la Cour de cassation nous laissent perplexes.

En effet, lorsque la Chambre civile finit par se rallier à la position de la Chambre mixte pour s'exprimer en faveur de la caution qu'elle décharge en retenant que « le prêteur de deniers bénéficiaire du privilège institué par l'article 2314 C.civ., qui se garantit par un cautionnement, s'oblige envers la caution à inscrire son privilège »<sup>1158</sup> ; c'est la Chambre commerciale qui recule en se prononçant cette fois pour le créancier gagiste en stipulant dans un arrêt du 19 décembre 2006<sup>1159</sup> que « sauf clause contraire, la constitution d'un gage sur le véhicule acquis à l'aide d'un prêt ne constitue pas une obligation mais une simple faculté pour le prêteur » pour se raviser dans une autre espèce en prônant la libération de la caution<sup>1160</sup>. Difficile donc dans ces conditions de dire avec certitude que toutes les facultés se changeront en impératifs lorsqu'il est cautionné. D'autant qu'une telle perspective, si elle favorise assurément la protection de la caution, peut s'avérer néfaste pour l'avenir de la sûreté personnelle car, « ces arrêts qui obligent finalement les créanciers à préserver en toutes circonstances les droits de leur caution, laissent craindre que l'article 2314 du Code civil, déjà

---

<sup>1155</sup> Pour une étude approfondie, P. Ancel, *Droit des sûretés*, 6<sup>ème</sup> éd., op.cit.

<sup>1156</sup> En effet, si pour la première Chambre civile, l'exercice ou non par le créancier d'une faculté n'est pas une faute permettant la mise en œuvre de l'exception de subrogation (Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2002, Bull.civ. I, n°133 ; D.2002.3336, note L. Aynès), la Chambre commerciale plus favorable aux cautions considère au contraire qu'une simple faculté du créancier doit se transformer en obligation dès lors que la caution y trouve un intérêt (Cass.com., 13 mai 2003, n°00-15.404 ; Bull.civ. IV, n°73 ; Banque et droit, juillet-août 2003, p.61, note N. Rontchevsky ; RD. banc. fin. 2003, n°192, obs. F.X. Lucas ; JCP.2003.I.17, n°15, note M. Cabrillac ; LPA 24 novembre 2003, n°234, spéc. n°V, p.10, obs. D. Houtcieff ; RD. bancaire et fin. Sept-oct. 2003, n°181, p.287, note D. Legeais ; D.2003, p.1629, obs. V. Avena-Robardet ; RTD.com. 2003, p.803, note B. Bouloc ; D.2004, p.52, note P.M. Le Corre : « Mais attendu que si l'attribution judiciaire du gage (...) ne constitue qu'une faculté pour le créancier, ce dernier lorsqu'il est par ailleurs garanti par un cautionnement commet une faute au sens de l'article 2037 du Code civil (devenu art. 2314 C.civ.) si en s'abstenant de demander cette attribution il prive la caution d'un droit qui pouvait lui profiter ». Voir également, Cass.com. 3 mai 2006, n°04-17.283 et 04-17.396 ; Bull.civ. IV, n°104 ; Banque et droit, n°108, juillet-août 2006, p.51, note F. Jacob ; D.2006, p.1364, obs. V. Avena-Robardet ; JCP.E. 2006, 30, n°2188, note P. Delebecque ; Defrénois 2006. 1386, note S. Piedelièvre ; D.2006.1693, obs. D. Houtcieff ; JCP.2006.I.195, n°7, note Ph. Simler ; JCP.E. 2006, n°2061, note D. Legeais.

<sup>1157</sup> Ch. Mixte, 17 novembre 2006, n°04-19123, Bull.n°10, p.30 ; Banque et droit, janvier-février 2007, p.47, note F. Jacob ; D.2006, p.2907, note Avena-Robardet ; RD. bancaire et fin. 2007, n°5, obs. A. Cerles ; JCP.E. 2006.2775, note D. Houtcieff ; RTDciv.2007, p.157, note P. Crocq : « Le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire, s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive ».

<sup>1158</sup> Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2007, n°06-12-531, Bull.civ. I, n°138 ; JCP.E. 2007.II. 1700, note D. Legeais ; D.2007, p.1572, note D. Houtcieff.

<sup>1159</sup> Cass.com. 19 décembre 2006, n°04-19.643, Bull.civ. IV, n°267, p.291 ; JCP.G. 2007.I. 158, n°158, n°13, note Ph. Simler ; RD bancaire et fin. 2007, n°2, p.16, note D. Legeais.

<sup>1160</sup> Cass.com. 17 février 2009, n°07-20.458, Bull. civ ; IV. n°22 ; Banque et droit, n°124, mars-avril 2009, p.52, note F. Jacob.



utilisé par les cautions, ne le soit davantage encore, au détriment de l'efficacité du cautionnement »<sup>1161</sup>.

En outre, l'exposé qui précède ne doit pas donner l'illusion aux cautions qu'une protection absolue leur est acquise. Effectivement, le fait reproché au créancier doit être la cause exclusive de la perte du droit préférentiel dont se plaint la caution. Autrement dit, si ce fait que certains qualifient de « potestatif »<sup>1162</sup> est indépendant de la seule volonté du créancier, on ne peut lui en tenir rigueur<sup>1163</sup> et l'article 2314 C.civ. ne peut donc recevoir application. C'est le cas par exemple lorsque la perte du droit préférentiel est la conséquence d'une faute d'un tiers comme le débiteur principal ou la caution elle-même<sup>1164</sup>.

Une autre pièce maîtresse de l'exception de subrogation invite à lui accorder une attention particulière<sup>1165</sup>, celle de la détermination de la nature des droits perdus par la caution (B).

## **B) LA NATURE DES DROITS PERDUS PAR LA CAUTION**

Par le biais de son recours personnel, la caution devient créancier chirographaire du débiteur principal. La subrogation que lui confère l'article 2306 du Code civil lui donne l'opportunité d'améliorer cette position en jouissant des droits préférentiels du créancier. Mais la caution, qui n'est pas partie au contrat principal entre le créancier et le débiteur, n'a aucune maîtrise sur l'évolution de ces droits préférentiels. C'est là qu'intervient l'utilité du bénéfice de non-subrogation de l'article 2314 C.civ. qui vient protéger à titre préventif lesdits droits afin que le recours subrogatoire de la caution soit préservé par le créancier.

C'est pourquoi, identifier les droits qui seraient susceptibles d'être perdus par la caution devient essentiel pour garantir au mieux sa protection. Et pour cause, ces « droits, hypothèques et privilèges » auxquels fait référence le texte, sont entendus au sens large de « droit préférentiel » qui sera étroitement lié à l'intérêt de la caution<sup>1166</sup>. En effet, défini par la jurisprudence comme « un avantage particulier qu'il confère à son titulaire dans le recouvrement de sa créance »<sup>1167</sup>, le droit préférentiel devient dès lors « un instrument de contrainte à l'égard des tiers »<sup>1168</sup>. Aussi, cette notion fera l'objet d'un contrôle de la Haute juridiction qui incitera les juges à la plus grande vigilance dans la qualification d'un tel droit.

---

<sup>1161</sup>D. Houtcieff, op. cit.

<sup>1162</sup>D. Houtcieff, préc.

<sup>1163</sup>M. Sejean, « La bilatéralisation du cautionnement ... », op.cit.

<sup>1164</sup>Ex. Cass.com., 6 juillet 2010, n°09-16163 ; Gaz. Pal. 9 septembre 2010, p.22, note M.D. Dumont-Lefrand ; Rev. proc. coll. septembre 2010, n°178, note F. Pérochon ; RTDcom.2011, p.163, note A. Martin-serf ; Cass.com. , 23 novembre 2004 ; Bull. Joly avril 2005, p.477 ; RD bancaire et fin. , mars-avril 2005, p.40, obs. D. Legeais ; LPA, 29 mars 2005, n°62, p.5, note D. Houtcieff.

<sup>1165</sup>E. Cordelier, « A propos de l'article 2037 du Code civil », op.cit.

<sup>1166</sup>E. Cordelier, op.préc.

<sup>1167</sup>Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 1984, Bull.civ.I., n°111 ; Cass.com. 3 mai 2006, n°04-17283 ; JCP.E 2006, obs. D. Legeais ; D.2006.1693, note D. Houtcieff, Banque et droit, juillet-août 2006, p.51, obs. F. Jacob.

<sup>1168</sup>E. Cordelier, op.cit.

Mais la loi qui vise « les hypothèques, privilèges » et plus généralement « les droits » permet une certaine souplesse dans leur appréciation<sup>1169</sup>. C'est ainsi qu'entrent dans le champ d'application de l'article 2314 C.civ. , toutes les sûretés stricto sensu, mais aussi « tous les mécanismes ou prérogatives particulières qui donnent au créancier une meilleure situation que celle du créancier chirographaire<sup>1170</sup> ; comme une clause de réserve de propriété, un crédit bail, un droit de rétention<sup>1171</sup>, les actions en résolution<sup>1172</sup> ou en revendication, le bénéfice de la compensation...<sup>1173</sup>. On assiste alors à une interprétation extensive des droits perdus par le créancier ayant contribué à compliquer l'action de la caution contre le débiteur. Mais si cet aspect est bénéfique à la caution, cette dernière risque de déchanter lorsque la jurisprudence se rapportera à la date de la constitution de ces droits. En effet, alors que l'article 2314 C.civ. ne pose aucune limite temporelle, seuls ceux ayant existé lors de la conclusion du cautionnement sont pris en considération pour la mise en œuvre du bénéfice de subrogation<sup>1174</sup>. Cette règle qui exclue les droits obtenus postérieurement à la souscription de la sûreté personnelle a créé une vive polémique. Selon Messieurs Cabrillac, Mouly ou Cordelier, « figer l'existence de droits préférentiels à la date du cautionnement procède d'une méconnaissance de ce contrat et de sa complexité »<sup>1175</sup>, ce qui conduirait inévitablement à des injustices à l'égard des cautions, notamment celles qui ont conclu un cautionnement garantissant des dettes futures<sup>1176</sup>. Cette « erreur jurisprudentielle » sera tout de même assortie de tempéraments puisqu'en s'appuyant sur la volonté des parties, la jurisprudence admet que la caution puisse se prévaloir de la perte d'un droit préférentiel dès lors que le créancier s'était obligé à le prendre<sup>1177</sup>. Au nom du principe « pacta sunt servanda », ce droit étant entré dans le champ contractuel, le créancier est tenu de respecter son engagement<sup>1178</sup>. De même qu'il est possible pour la caution de faire valoir qu'elle pouvait « objectivement et légitimement croire en la prise d'autres garanties »<sup>1179</sup>. Mais « cette croyance légitime » est strictement appréciée par les juges qui exigent de la caution des éléments solides à l'appui de sa requête.

La limite temporelle qu'opère la jurisprudence dans la reconnaissance des droits préférentiels est indéniablement un coup de frein à la protection de la caution. Une telle sélection ne devrait pas avoir lieu car, « il existe des raisons multiples et sensées qui militent en faveur de la prise

<sup>1169</sup>D. Legeais, Droit des sûretés et garanties, op.cit.

<sup>1170</sup>P. Ancel, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>1171</sup>Cass.com. 25 novembre 1997, Banque et Droit janvier-février 1999, p.49, note F. Jacob ; D.1998.232, obs. J. François ; JCP 1998.I.149, n°6, note Ph. Simler.

<sup>1172</sup>Ex. Cass.com. 15 juin 2011, Gaz. Pal. 21 décembre 2011, 17, note M-P. Dumont-Lefrand.

<sup>1173</sup>Pour d'autres exemples, voir E. Cordelier, op.cit. ; D. Legeais, op.cit.

<sup>1174</sup>Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 1998, Droit et patrimoine, septembre 1998, p.84, note B. saint-Alary ; JurisData n°002214.

<sup>1175</sup>E. Cordelier, op. cit. ; M. Cabrillac et C. Mouly, op.cit.

<sup>1176</sup>Préc.

<sup>1177</sup>Ex. Cass.com. 2 octobre 2012, n° 11-23281 ; Gaz. Pal. 13 décembre 2012, p.17, note M.P. Dumont-Lefrand ; Cass.com. 8 octobre 2003, LPA 17 mai 2004, p.5, note D. Houtcieff ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mai 1994, Bull.civ.I., n°169.

<sup>1178</sup>E. Cordelier, op.cit.

<sup>1179</sup>Ex. Cass.com. 20 octobre 2012, n°11-23281 ; Cass.com.1<sup>er</sup> octobre 2002, Bull. Joly décembre 2002, p.1304, note A. Constantin ; Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 1982, Bull.civ.I., n°89.

en considération du droit préférentiel et ce quelle que soit sa date de constitution »<sup>1180</sup> ; l'une de ces raisons est l'article 2314 C.civ. qui n'y fait nullement allusion.

Ces étapes franchies, il reste à la caution de rapporter que « le fait du créancier » résultant de la perte d'un droit préférentiel lui a occasionné un préjudice. Comment ce dernier est-il appréhendé par la jurisprudence ? Son existence sera-t-elle sanctionnée à la hauteur des attentes de la caution ?

### **C) L'EXISTENCE D'UN PREJUDICE**

« Aussi la peine frappe-t-elle le créancier qui, agissant contre la bonne foi et au mépris des intérêts de la caution, a spontanément anéanti ses propres sûretés ou les a délaissées dépérir, quand un seul mouvement de volonté eût suffi à les sauvegarder »<sup>1181</sup>. Ainsi, pour qu'il y ait peine, un préjudice réel doit être constaté. Pour ce faire, le recours à l'exception de subrogation ne peut être productif que s'il est démontré que si la subrogation avait pu avoir lieu, elle aurait été utile et efficace<sup>1182</sup>. Autrement dit, la caution ne pourra être chargée s'il s'avère que la perte d'un droit auquel elle aurait pu être subrogée ne lui aurait servi à rien.

Cette exigence n'est pas anodine. Malgré le silence du législateur sur ce préjudice, la jurisprudence a voulu à travers ce critère maintenir le rôle du cautionnement et éviter que la caution ne trouve matière à s'échapper trop facilement de son engagement. Néanmoins, s'il incombe à la caution de prouver la perte d'un droit préférentiel, c'est en revanche au créancier qu'appartient la lourde tâche de démontrer que son fait ne lui a pas été préjudiciable<sup>1183</sup>. Cette position favorable à la protection de la caution et approuvée par de nombreux auteurs<sup>1184</sup> trouve sa justification probablement dans le fait que, la caution ayant répondu aux autres conditions de mise en œuvre de l'exception de subrogation, il reste au créancier « égoïste »<sup>1185</sup> pour sa défense à démontrer qu'il n'a causé aucun préjudice à son cocontractant. Cette contrainte démontre que « le droit pour le créancier de recouvrer sa créance n'est pas un droit discrétionnaire », aussi il doit se garder d'être passif ; autrement, l'article 2314 C.civ. au nom de l'équité et de la bonne foi l'expose à la décharge de la caution. Le terme utilisé n'est pas

---

<sup>1180</sup>E. Cordelier, « Observations sur le droit préférentiel », op.cit.

<sup>1181</sup>D. Houtcieff, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », op. cit. .

<sup>1182</sup>Cass.com. 19 février 2013, n°11-28423 ; Gaz. Pal. 21 mars 2013, p.20, note M-P. Dumont-Lefrand ; Cass.com.12 juillet 2011, n°09-71113 ; RD. Bancaire et fin. , septembre-octobre 2011.37, note A. Cerles ; D.2011.1894, note A. Lienhard ; JPC N 2011.901, obs. N. Dissaux ; JCP G 2011, p.1259, n°7, note Ph. Simler ; Banque et droit 2011, n°139, p.42, obs. F. Jacob ; Droit et patr. février 2012, 84, obs. Ph. Dupichot ; RTDciv.2011.782, note P. Crocq ; Defrénois 2012, art. 40390, obs. S. Cabrillac ; RTDcom. 2011, 625, note D. Legeais ; Droit et patr. , mars 2012.84, note A. Prum et J.P. Mattout.

<sup>1183</sup>Ex. Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 18 mars 2004, JCP 2004.I.188, n°10, note Ph. Simler : « Il appartient au créancier pour ne pas encourir la déchéance de ses droits contre la caution, d'établir que la perte d'un droit préférentiel a causé à celle-ci un préjudice inférieur au montant de son engagement ou ne lui en a causé aucun ».

<sup>1184</sup>Ph. Malaurie et L. Aynès, les sûretés, La publicité foncière, op.cit. ; P. Crocq, op.cit. ; J. François, Les sûretés personnelles, Economica, 2004, n°383.

<sup>1185</sup>R. Marty, « Cautionnement et comportement du créancier », op. cit.

des plus simples. Toutefois, tous les commentaires y voient une « déchéance du créancier »<sup>1186</sup>.

Envisagée comme « un mécanisme privatoire »<sup>1187</sup>, la déchéance prive ainsi le créancier peu diligent de son recours en paiement contre la caution. Cette qualification est intéressante et se prête assez bien à la situation<sup>1188</sup>. Elle n'est pas axée à proprement parlé sur la réparation du préjudice de la caution mais intervient, en raison d'impératifs d'équité, pour sanctionner le comportement du créancier qui n'a pas su préserver les intérêts dudit garant. Cette nuance est essentielle et appelle de fait à une interprétation restrictive de la règle. Cela suppose donc que la déchéance prononcée soit mesurée à l'aune du préjudice causé à la caution. Concrètement, puisque le législateur ne dit pas si la décharge doit être systématique ou totale, la jurisprudence a fait le choix de la prudence en ne libérant la caution qu'à concurrence du préjudice qu'elle a réellement subi. « Une libération automatique, complète et absolue »<sup>1189</sup> serait injuste envers le créancier et serait pour le coup contraire aux règles d'équité que la jurisprudence tente depuis le début d'intégrer au contrat de cautionnement. C'est pourquoi, dans la pratique, c'est bien souvent une décharge partielle qui est retenue par les juges qui assurent un compromis entre la protection de la caution et celle du créancier.

Parallèlement à cela, la caution est tout à fait libre d'intenter une action en responsabilité en vue de dommages et intérêts réclamés au créancier pour n'avoir pas exécuté son obligation contractuelle de constituer une sûreté à laquelle il s'était pourtant engagé lors de l'élaboration du contrat de cautionnement. Un tel cumul est non négligeable. En combinant les effets de l'exception de subrogation et ceux de la responsabilité de droit commun, qui pourront ainsi se compenser, la caution pourrait être totalement libérée. L'articulation des deux mécanismes déboucherait alors sur une protection renforcée de ladite caution<sup>1190</sup>.

### **Conclusion chapitre 1**

Ainsi, pour conclure ce chapitre 1, nous pouvons dire que finalement, contrairement aux exceptions de division et de discussion, l'exception de subrogation offre une meilleure protection à la caution. Efficace, ce recours qui blesse inexorablement l'unilatéralité du cautionnement<sup>1191</sup> inflige au créancier un devoir de solidarité, le respect d'une certaine déontologie contractuelle<sup>1192</sup> ; car « l'unilatéralité du contrat n'exclut pas la collaboration des

---

<sup>1186</sup>D. Houtcieff, op.cit. ; R. Marty, préc. ; G. Piette, Droit des sûretés, op.cit. .

<sup>1187</sup>M. Marty, op.cit.

<sup>1188</sup>Sallé de la Marnierre avait pu dire à propos de la déchéance que : « c'est un procédé de sanction qui peut être employé en toutes circonstances dès lors qu'un certain but doit être atteint, comme l'extinction d'un droit à titre de peine » : cité par D. Houtcieff, RTDciv. Avril-juin 2006, p.191.

<sup>1189</sup>Paul Pont, cité par D. Houtcieff, préc.

<sup>1190</sup>D. Houtcieff, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », op. cit.

<sup>1191</sup>D. Houtcieff, préc.

<sup>1192</sup>G. Mégret, Les recours du garant, op.cit.

parties, elle la leur impose »<sup>1193</sup>. Il y a à travers cette disposition une volonté de débat qui doit conduire à une véritable révolution mentale des contractants au cautionnement, surtout du côté du créancier. Son rôle est alors sérieusement réévalué ! « Tel un bon père de famille »<sup>1194</sup>, il doit veiller aux intérêts de la caution s'il veut garder intacte son droit de poursuite contre elle.

La conception libérale dans laquelle le créancier est maître de ses mouvements, libre de gérer comme il l'entend le crédit qu'il a accordé, cède devant les exigences moralistes que véhicule l'article 2314 C.civ. . « Véritable bastion de la protection de la caution »<sup>1195</sup>, ce bénéfice se démarque certes par son intérêt théorique, mais surtout par sa forte portée pratique. Toutefois, une limite s'impose. En effet, la jurisprudence ne doit pas favoriser une extension trop excessive de la disposition car elle serait contreproductive et pourrait même nuire gravement à l'efficacité du cautionnement déjà largement affaibli<sup>1196</sup> par des recours reconnus à la caution.

## **CHAPITRE 2 : L'AMENAGEMENT DE RECOURS AU PROFIT DE LA CAUTION**

### **COMME EXPRESSION D'UNE JUSTICE CORRECTIVE**

« Certes la caution est obligée à la dette et doit payer ce qui est dû par le débiteur principal, mais elle doit être munie des recours juridiques lui permettant de n'en supporter aucune contribution définitive. Elle est en effet tenue pour autrui, à la différence du codébiteur solidaire qui est tenu avec autrui: elle doit donc être remboursée »<sup>1197</sup>.

Dans son œuvre, L'Ethique à Nicomaque<sup>1198</sup>, Aristote distingue dans la justice des hommes la justice distributive et la justice commutative ou corrective<sup>1199</sup>. La première a pour rôle la répartition des biens et des honneurs en fonction des mérites de chacun conformément à la loi. Cette « justice générale » institue une « égalité géométrique »<sup>1200</sup> donnant à chacun ce qu'il mérite.

En revanche, la justice corrective, dont fait état Aristote, concerne les transactions privées

---

<sup>1193</sup>D. Houtcieff, préc.

<sup>1194</sup>D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, op.cit.

<sup>1195</sup>G. Mégret, préc.

<sup>1196</sup>D. Legeais, préc.

<sup>1197</sup>M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Petel, Droit des sûretés, op.cit. .

<sup>1198</sup>Aristote, Ethique à Nicomaque, Librairie Générale Française, Coll. Classiques de poche, Livre V.

<sup>1199</sup>C. Despotopoulos, « Les concepts de justes et de justice selon Aristote », Arch. Phil. Droit, 1969, p.283.

<sup>1200</sup>Aristote, Ethique à Nicomaque, op.cit.

volontaires et involontaires entre les individus<sup>1201</sup>. Cette « justice particulière » obéit cette fois à « une égalité arithmétique » rigoureuse, rendant à chacun son identité. « Que l'homme lésé soit puissant ou misérable, le rôle de la justice est de rétablir l'égalité en versant des intérêts de même valeur que le dommage, comme s'il s'agissait de biens échangés dans un acte de vente. Derrière cette équivalence des objets échangés se profile évidemment l'équité et l'égalité en droit des personnes. Telle est la justice commutative »<sup>1202</sup>. C'est précisément au nom de cette justice corrective que la loi va octroyer à la caution des recours contre le débiteur principal.

La caution n'est pas débitrice à titre principal<sup>1203</sup>. Elle demeure toujours obligée pour une autre personne, le débiteur principal. De fait, si la caution est amenée à effectuer un éventuel paiement, son intervention engendrera nécessairement un déséquilibre entre son patrimoine et celui du débiteur principal<sup>1204</sup>. Son patrimoine est ainsi amputé d'un certain montant en raison d'une dette dont elle ne doit pas être définitivement tenue. Il paraît dès lors normal qu'elle obtienne une restauration de l'équilibre ainsi bouleversé. Car, « derrière l'obligation de garantie se cache en réalité une obligation de remboursement »<sup>1205</sup>. La caution est un garant et doit le demeurer et en tant que telle, elle n'a pas à supporter « le fardeau de l'appauvrissement »<sup>1206</sup>. Aussi, répondant à une logique qui découle de l'essence même du cautionnement, la caution bénéficie de divers recours contre le débiteur (Section 1). Elle dispose également de recours contributoires contre les coobligés accessoires (Section 2).

## **SECTION 1 : LES RECOURS CONTRE LE DEBITEUR**

Certains de ces recours, de façon originale, pourront être exercés à titre préventif, avant tout paiement par la caution (§1). D'autres en revanche, interviendront a posteriori afin de rétablir le déséquilibre occasionné par le règlement fait au créancier par ladite caution en lieu et place du débiteur principal (§2). La caution n'a donc que l'embarras du choix des recours et demeure totalement libre dans la direction à entreprendre. L'importance de ces recours n'est de fait pas

---

<sup>1201</sup>Préc.

<sup>1202</sup>Sur l'impératif de justice contractuelle, voir M. Bourassin, L'efficacité des garanties personnelles, LGDJ, 2006, n°119 à 145.

<sup>1203</sup>L. Aynès, P. Malaurie, P. Crocq, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, op.cit.

<sup>1204</sup>G. Mégret, Les recours du garant, contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne, préf. P. Stoffel-Munck, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

<sup>1205</sup>G. Mégret, préc.

<sup>1206</sup>; V. aussi Ph. Théry: « Si la caution paye, elle se fera rembourser-ni plus ni moins, ni enrichissement, ni appauvrissement », Sûretés et publicité foncière, PUF, Coll. Droit fondamental, 2ème éd. 1998, p.46.

négligeable. C'est un trait essentiel du cautionnement<sup>1207</sup>.

## **§1) LE RECOURS ANTICIPE, UNE PREROGATIVE HAUTEMENT PROTECTRICE DE LA CAUTION**

Si l'on peut légitimement concevoir que le paiement de la dette par la caution puisse entraîner pour cette dernière un recours contre le débiteur principal, il est plus déroutant de lui reconnaître un recours avant tout paiement. Après tout, ladite caution n'a encore subi aucune perte. Comment dès lors expliquer une telle action ? Alors que les recours reconnus à la caution, nous dit-on, puisent leur source dans la justice et l'équité<sup>1208</sup>, est-il juste d'attribuer un tel droit au garant ? Il y a de quoi être dubitatif face à une telle prérogative !

« Mécanisme insolite »<sup>1209</sup> dont le fondement juridique est vivement discuté (A), le recours anticipé bénéficie d'un encadrement strict ne pouvant favoriser la caution que dans des cas particuliers (B).

### **A) UNE NATURE JURIDIQUE EXCEPTIONNELLE DU RECOURS PREVENTIF**

« Le droit doit rester la science du juste plus que le Code des richesses car il est avant tout une puissance morale »<sup>1210</sup>.

Aujourd'hui, l'idée qui s'impose indéniablement dans le cautionnement est celle de tenter de diminuer les inégalités entre le créancier et la caution en accordant des privilèges à cette dernière qui se trouve en état d'infériorité. Le recours avant tout paiement qui lui est attribué contre le débiteur principal est sans conteste un privilège hautement protecteur de ses intérêts. On s'emploie alors à focaliser son attention sur l'idéal de justice<sup>1211</sup>. C'est à partir des faits observés dans la pratique du cautionnement et de ce qui est possible que l'on va tenter d'apporter des solutions plus justes et plus conformes à la morale pour que la caution ne soit pas lésée dans ses rapports avec le créancier et faire barrage contre les tendances excessives

---

<sup>1207</sup>L. Aynès, P. Malaurie, P. Crocq, préc.

<sup>1208</sup>G. Mégret, Les recours du garant, op.cit.

<sup>1209</sup>M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Petel, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>1210</sup>Josserand, Cours de droit civil positif français, Tome 1, p.9.

<sup>1211</sup>Josserand, Cours de droit civil positif français, préc.

de l'égoïsme dans le contrat<sup>1212</sup>. Néanmoins, le prestige d'un recours anticipé ne doit pas nous conduire à une analyse biaisée. La notion de juste qu'il véhicule dans le cautionnement est particulièrement délicate à appréhender. « Penser autrement le contrat »<sup>1213</sup> est au cœur de l'analyse et dans lequel l'équilibre contractuel devient la pierre angulaire du contrat de cautionnement, l'élément prépondérant qu'il faut à tout prix préserver<sup>1214</sup>.

Mais si l'on souhaite sanctionner le déséquilibre observé, il faudrait pouvoir apprécier les éléments qui l'ont entraîné. Pour ce faire, il conviendrait de mesurer leur valeur respective<sup>1215</sup>. Or, cette appréciation est extrêmement difficile à réaliser dans le cas de la caution, surtout si aucun déséquilibre n'a encore été décelé.

En effet, si l'on part du principe que c'est le paiement fait par la caution qui génère le déséquilibre entre le patrimoine dudit garant et de la personne cautionnée, alors seul un règlement pourrait justifier un recours en remboursement destiné à corriger ses effets pervers. De fait, si la caution n'a aucunement été appauvrie et que son patrimoine demeure inchangé, faute d'avoir réglé le créancier, elle ne devrait en principe pas bénéficier de recours<sup>1216</sup>. Pourtant, le législateur en a décidé autrement en lui accordant un recours personnel avant paiement.

Aux termes de l'article 2309 du Code civil, « la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisé »<sup>1217</sup>. Cet article est pour le moins surprenant. En toutes hypothèses, autoriser la caution à exercer un recours alors même qu'elle n'a pas encore été sollicitée ou appelée pour satisfaire le créancier, lui confère une protection supplémentaire très appréciable. Une telle faveur permet ainsi de ne pas aggraver sa situation considérée par le législateur comme extrêmement fragile.

Mais poussant « la logique de l'équilibre contractuel à son paroxysme »<sup>1218</sup>, l'analyse de ce recours préventif se heurte à une difficulté majeure provenant des diverses approches faites pour expliquer son fondement juridique. La confusion qui en ressort désoriente, au point

---

<sup>1212</sup> L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, Thèse Orléans, 2000.

<sup>1213</sup> D. Mazeaud, « Loyauté solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », *Mélanges F.TERRE*, 1999, p.603.

<sup>1214</sup> G. Mégret, *Les recours du garant*, op.cit.

<sup>1215</sup> J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1920.

<sup>1216</sup> L. Aynes et P.Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, op.cit.

<sup>1217</sup> Anc. Art. 2032 C.civ.

<sup>1218</sup> D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties de crédit*, op.cit.



qu'un auteur a pu dire à ce sujet que « depuis le XIXème siècle, le recours avant paiement ouvert à la caution par les 2032<sup>1219</sup> et 2039<sup>1220</sup> du Code civil suscite la perplexité des auteurs aussi bien quant à son fondement qu'à son objet, et demeure l'un des plus obscurs du droit du cautionnement »<sup>1221</sup>.

Ce n'est pas nouveau, le droit du cautionnement ne brille ni par sa clarté, ni par sa cohérence<sup>1222</sup>. Le recours avant paiement en est une nouvelle illustration. Aussi, nous faut-il apporter quelques précisions pour saisir tout l'intérêt d'un tel recours. Les interprétations, tantôt restrictives, tantôt plus extensives du recours anticipé soulèvent de vives réactions.

Parmi les hypothèses avancées, la première rassemble des auteurs qui ne voient dans ce recours préventif que tout au plus la possibilité pour la caution d'obtenir de simples mesures conservatoires<sup>1223</sup>. Leur réticence sur une éventuelle indemnisation de la caution se comprend aisément : « il serait injuste d'accorder une action en remboursement à la caution alors qu'elle n'a pas réalisé le moindre paiement »<sup>1224</sup>. Les défenseurs de cette conception restrictive n'hésitent pas à aller plus loin en dénonçant « l'absurdité de cette fiction juridique »<sup>1225</sup> qui consiste à donner au recours anticipé la forme d'une demande d'indemnisation du risque de devoir payer<sup>1226</sup>. Si le débiteur avait effectivement les moyens de rembourser la caution, n'aurait-il pas été plus judicieux pour lui de régler le créancier lui évitant tout désagrément. En outre, selon Messieurs Aynès et Crocq, « la caution n'est pas tributaire d'une créance certaine et exigible, de sorte qu'elle ne peut recevoir aucun paiement ni recourir à l'exécution forcée »<sup>1227</sup>. De fait, s'il faut une créance certaine, liquide et exigible, un simple « droit éventuel » écarte toute exécution<sup>1228</sup>. La créance de recours de la caution n'étant qu'éventuelle, celle-ci ne pourra dès lors que prendre des mesures conservatoires<sup>1229</sup>.

Dans ce cas, si nous nous attachons uniquement au caractère "éventuel" de la créance,

---

<sup>1219</sup> Art. 2309 C.civ.

<sup>1220</sup> Art. 2316 C.civ.

<sup>1221</sup> M. Brandac, Obs. sous Cass. Com. 2 mars 1993, RTDciv. 1993, p.859.

<sup>1222</sup> D. Legeais, Droit des sûretés et garanties de crédit, op.cit. ; L. Aynès et P.Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, op.cit.

<sup>1223</sup> L.Aynès et P. Crocq, op. cit., n°166 ; Y. PICOD, n°95, p.143 ; M.Mignot, n°444, p.183.

<sup>1224</sup> L.Aynès et P. Crocq, op. cit. p.60.

<sup>1225</sup> L.Aynès et P. Crocq, préc.

<sup>1226</sup> L.Aynès et P. Crocq, préc.

<sup>1227</sup> L.Aynès et P. Crocq, préc

<sup>1228</sup> Ch. Mouly, « Les recours anticipés de la caution contre la sous-caution », JCP.G.1980, 2985.

<sup>1229</sup> Préc.

rappelons qu'elle est dès la conclusion du contrat de crédit<sup>1230</sup>. Par conséquent, la caution en s'appuyant sur le fondement d'une simple créance éventuelle, a tout le loisir de prendre des mesures conservatoires sur le patrimoine de son débiteur<sup>1231</sup>, et ceci même en dehors des cas d'ouverture du recours avant paiement qui lui sont reconnus. De fait, le garant pourrait très bien invoquer l'article 1180 du Code civil qui énonce que « le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit ». Se pose alors la question dans ces conditions de l'intérêt d'un recours anticipé.

Cette action conservatoire, si elle n'a pas vocation à garantir un paiement au bénéfice de la caution, elle lui octroie une protection non négligeable visant à faire pression sur le débiteur principal et ainsi sauvegarder ses droits. A ce titre, la caution peut demander qu'on lui accorde diverses mesures qualifiées de « mesures de sauvegardes »<sup>1232</sup>, comme une saisine conservatoire ou une consignation de la somme afin d'inciter le débiteur à payer. L'enjeu est donc important.

Selon Monsieur Houtcieff, « le recours avant paiement est moins un moyen de prévention au profit de la caution, un moyen de pression à l'endroit du débiteur diligent. (...) un moyen d'épargner autant que faire se peut- les conséquences de l'inertie du débiteur »<sup>1233</sup>. Aussi, l'auteur retiendra -t-il davantage un fondement conservatoire qu'indemnitaire. Cette position n'est pas nouvelle et fut déjà retenue dans d'anciens arrêts qui précisent que le recours préventif a uniquement pour objet d'exiger du débiteur la fourniture de sûretés destinées à garantir à la caution son recours ultérieur après paiement<sup>1234</sup> et de prendre le cas échéant des mesures conservatoires si le débiteur ne peut présenter de garanties suffisantes<sup>1235</sup>.

Le recours avant paiement a donc pour fonction principale l'équité qui doit inciter le débiteur principal à tout mettre en œuvre pour éviter à la caution de se retrouver dans une situation

---

<sup>1230</sup>G. Mégret, Les recours du garant, contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne, op. cit.

<sup>1231</sup>Nous pouvons nous référer à l'article 67al.1er de la loi du 9 juillet 1991 aux termes duquel « toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens du débiteur ».

<sup>1232</sup>Ph. Simler et Ph. Delebecque, Droit civil, les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, Coll. Précis, 5ème éd. 2009, n°219; Ph. Malaurie, L. Aynes et P. Crocq, op. cit.

<sup>1233</sup>D. Houtcieff, Obs. Sous Cass.com. 21 janvier 2003, Bull.civ.IV,n°8.

<sup>1234</sup>Req.22 janvier 1868, DP.68.1.168; S.68.1.256; Douai, 12 février 1891, DP.93.2.481, note Planiol; Toulouse, 21 décembre 1904, DP.1905.2.359.

<sup>1235</sup>Cass.com. 1er février 1977, Bull.civ.IV, n°33; V. L. Guillouard, Traité du cautionnement et des transactions, Paris 1895, n°205 et svt. ; Troplong, Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, Du cautionnement et des transactions, Paris, 1846, n°410.

désagréable. Cette exigence de moralité dans le recours est nécessaire. Pour autant, nous devons nous garder de cantonner ce recours à l'exercice d'une simple mesure conservatoire si l'on veut saisir toute son opportunité<sup>1236</sup>.

Aussi, une partie majoritaire de la doctrine privilégie une vision plus extensive du recours anticipé reconnaissant à la caution « une action en indemnisation du risque d'avoir à payer ». Elle débouchera donc sur un véritable droit pour la caution d'obtenir un paiement effectif résultant d'un préjudice alors considéré comme actuel<sup>1237</sup>. Entendu de la sorte, le recours préventif octroyé à la caution serait alors une application du droit de la responsabilité.

Mais poser le droit commun de la responsabilité comme fondement du recours anticipé nous semble chose aisée. Tout d'abord, un point essentiel nous interpelle. La caution subit-elle réellement un préjudice? Il est permis d'en douter. Comme le souligne Monsieur Corgas-Bernard, « il paraît paradoxal d'admettre que la caution, qui par définition s'est engagée à payer le créancier en cas de défaillance du débiteur, subisse un préjudice du fait même de la naissance de cette obligation »<sup>1238</sup>.

Si tenté que la caution ait subi un quelconque préjudice, rappelons que la mise en œuvre de la responsabilité civile obéit à des règles juridiques particulières auxquelles les prétentions de la caution ne répondent pas nécessairement. En effet, l'indemnisation du dommage est subordonnée à la réunion de quatre caractères cumulatifs. Pour être réparable, nous savons que le préjudice doit être personnel, certain, direct et actuel<sup>1239</sup>. Or, la réalisation du risque de la caution de devoir payer est par hypothèse incertaine, « hypothétique, voire inexistante »<sup>1240</sup>. Ce constat étant fait, « Le paiement par la caution serait-il certain à défaut d'être effectif -peut du reste malaisément passer pour un dommage : comment admettre qu'un préjudice réparable dérive, non pas de l'indemnisation d'une obligation contractuelle, mais de son exécution même »<sup>1241</sup>.

---

<sup>1236</sup>D. Legeais, op.cit.

<sup>1237</sup>M.Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droit des sûretés, op.cit., n°278; M.N. Jobard-Bachelier, M. Bourassin, op. cit.; D. Legeais, op.cit.

<sup>1238</sup>C. Corgas-Bernard, « Recours avant paiement de la caution et action oblique, une combinaison délicate », RLDC, 2006, p.26.

<sup>1239</sup>M. Cabrillac, Droit des obligations, op.cit. ; C. Le Gallou, La notion d'indemnité en droit privé, préf. A. Sériaux, 2007, Bibl. dr. privé, Tome 486, p.56.

<sup>1240</sup>C. Le Gallou, préc.

<sup>1241</sup>D. Houtcieff, Obs. sous Cass.com. 21 janvier 2003, Bull.civ.IV, n°8, RDC, 2003, p.177.

Pas plus qu'il n'y aurait une faute du débiteur principal, le préjudice est particulièrement difficile à établir. On ne peut raisonnablement pas reconnaître une faute du débiteur principal<sup>1242</sup>.

Cette protection à l'égard des cautions est décidément surprenante pour ne pas dire stupéfiante. Il n'est pas étonnant de voir les cautions tout mettre en œuvre pour échapper à leur engagement considérant l'appui dont elles jouissent du législateur et de la jurisprudence<sup>1243</sup>.

En effet, la Cour de cassation a fini par tranchée en considérant que l'action exercée par la caution contre le débiteur, avant même d'avoir payé, constituait « une créance personnelle d'indemnité »<sup>1244</sup>. La Haute juridiction, qui s'est attachée à la lettre de l'article 2309 du Code civil qui fait explicitement référence au mot « indemnisé », permet à la caution d'obtenir le remboursement anticipé de sa propre créance à l'encontre du débiteur, créance qui deviendra effective dès l'instant où elle aura payé le créancier. Cette action peut être mise en œuvre même si le débiteur est lui-même poursuivi en paiement par le créancier. Mettant ainsi fin à la querelle doctrinale et jurisprudentielle qu'alimente le recours avant paiement, cette position est affirmée dans divers arrêts<sup>1245</sup>. Cette action en indemnisation offre la possibilité à la caution d'être payée par le débiteur et d'exercer une action en exécution forcée<sup>1246</sup>.

Quant au montant de l'indemnisation allouée à la caution, il est relativement variable d'une juridiction à l'autre. Car, « si le principe d'une indemnisation anticipée est une question de droit, son montant et ses modalités sont des questions de fait et d'opportunité à trancher au cas

---

<sup>1242</sup>L. Aynes, *Obs. sous Cass.com.* 2 mars 1993, *Defrénois*, 1993, art.35617, p.1054.

<sup>1243</sup>M. Brandac, *Obs. Sous Cass.com.* 2 mars 1993, *RTDciv.*1993, p.859: « L'opinion moderne s'applique à faire passer l'idée que les textes [articles 2309 et 2316 du Code civil] permettent à la caution d'obtenir, à titre d'indemnité, pour un préjudice qu'on a bien du mal à trouver, le remboursement anticipé de ce qu'elle va devoir payer ».

<sup>1244</sup>Cass.com. 21 janvier 2003 *Berthollet c/Banque de Savoie*, *Bull.civ.IV*, n°8; *RDbancaire et fin.*2003, mars-avril 2003, *Comm.*71, *obs.D.L.*; *RDcompt.* 2003, p.177, *obs. D. Houtcieff*; *Juris-Data* n°2003-017337; *Positions similaires* : *Cass.com.*3 mars 1998, *Bull.civ.IV*, n°90; *Cass.com.*2 mars 1993, *Bull.civ.IV*, n°80; *Defrénois* 1993, art.35617, *obs.L.Aynès*; *RTDciv.* 1993.859, *obs.M. Brandac*.

<sup>1245</sup>Cass.civ.1ère, 5 juillet 2006, *Bull.civ.I*, n°355; *D.*2006, *Actualité* 2310, *obs. Avena-Robardet*, *RDC*2006, p.1191, *obs.D. Houtcieff*; *RLDC.*2006, n°31, p.31, *obs. G.Marraud des Grottes*; *RDBF.*2006, n°5, 14, *obs.D.Legeais*; *Cass.civ.1ère*, 25 mai 2005, *Bull.civ.I*, n°225.

<sup>1246</sup>Le mot « indemnisée » semble bien impliquer que « si le législateur a entendu avant tout permettre à la caution de prendre des garanties contre le péril auquel sa situation l'expose, il n'a pas exclu pour autant qu'elle puisse être créancière d'une indemnité. Qui dit indemnité, dit nécessairement condamnation au paiement d'une somme d'argent »: Y.H. Frugier, « Le recours anticipé de la caution lui permet-il de percevoir du débiteur principal le montant de la créance cautionnée à titre d'indemnité? », *Gaz. Pal.* 21 décembre 1971, p.602.

concret »<sup>1247</sup>. Lorsque certains juges limitent ce montant à la hauteur du préjudice pour la caution correspondant au risque de ne pas être remboursé, d'autres vont aller plus loin en lui attribuant le paiement de la totalité du montant garanti<sup>1248</sup>; « cela s'assimile davantage à un véritable paiement anticipé qu'à une indemnisation d'un prétendu risque »<sup>1249</sup>. Ce qui n'est pas rien pour un garant qui, à la base s'engage pour répondre de la défaillance du débiteur principal ! D'autant que dans chacune des hypothèses prévues aux articles 2309 et 2316 du Code civil, il n'y a en réalité pas plus de risque pour la caution d'être actionnée par le créancier qu'elle ne l'était auparavant, on assiste juste à « un bouleversement de ses prévisions »<sup>1250</sup>.

Cette indemnisation anticipée, résolument protectrice, nous démontre que le recours anticipé des cautions a encore de beaux jours devant lui. Mais pour décapante et convaincante que soit l'analyse indemnitaire, on ne saurait y adhérer totalement. En effet, on ne peut s'empêcher de critiquer « l'hypocrisie » d'un tel fondement. Comment le droit de la responsabilité civil pourrait justifier une indemnisation pour un préjudice non réalisé, seulement hypothétique. Cette position présente le danger d'aggraver davantage la crise du cautionnement évoluant sur un terrain propice à l'insécurité juridique<sup>1251</sup>.

C'est pourquoi, prenant la mesure d'une telle faveur et des dérives auxquelles ce recours anticipé pourrait conduire, le législateur a imposé des conditions strictes dans sa mise en œuvre (B).

## **B) LE RECOURS ANTICIPE, UNE FAVEUR LEGALE STRICTEMENT LIMITEE**

La plus grande crainte pour la caution lorsqu'elle est amenée à payer le créancier, c'est de ne pas pouvoir être remboursée par le débiteur principal. En ce sens, pour se prémunir contre l'insolvabilité de ce dernier, le recours anticipé est une aubaine pour elle. Aussi, pour protéger la caution dans des circonstances pouvant aggraver sa situation, le Code civil liste cinq cas ouvrant droit au recours à l'article 2309 C.civ. , auxquelles il faut ajouter une sixième hypothèse énoncée à l'article 2316 du même Code.

---

<sup>1247</sup>M.Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P.Petel, Droit des sûretés, op. cit.

<sup>1248</sup>Cass.com. 29 octobre 1991, Bull.civ.IV, n°316; Reims, 25 janvier 1989, Juris-Data n°044326; Paris, 2 mars 1971, Gaz.Pal.1971.2.824.

<sup>1249</sup>M. Bourassin, V. Bremond, M.N. Jobard-Bachellier, Droit des sûretés, op.cit..

<sup>1250</sup>G. Megret, Les recours du garant, op.cit.

<sup>1251</sup>Y. Picod, Droit des sûretés, op.cit.

Tout d'abord, la caution a la faculté d'agir contre le débiteur lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement de la dette, alors même que le débiteur principal ne l'a pas été. Dans ce cas, elle peut exercer un recours préventif contre celui-ci par le biais d'un appel en garantie. A ce titre, la caution pourra demander un paiement anticipé ou mettre en œuvre des mesures conservatoires<sup>1252</sup>.

Ensuite, l'article 2309 C.civ. fait état d'une action reconnue à la caution lorsque le débiteur est « en faillite ou en déconfiture » et est exposé à une procédure collective. Là encore, le caractère d'urgence de la situation confère à la caution un rempart contre l'insolvabilité du débiteur.

Le troisième cas, lui octroie également cette possibilité, dès lors que la caution voit « son obligation prolongée au-delà de ce qui était contractuellement prévu ». Le comportement du débiteur qui « s'est obligé à rapporter à la caution sa décharge dans un certain temps » apparaît dès lors suffisant pour permettre au garant de le mettre en cause.

Il en sera de même, selon l'alinéa 4 de l'article 2309 C. civ., lorsque « la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ». On reconnaît alors à la caution la possibilité d'agir directement contre le débiteur et ceci avant même que le créancier n'ait exercé des poursuites.

De manière complémentaire, l'article 2316 du Code civil prévoit aussi un recours anticipé lorsqu'une prorogation du terme est accordée au débiteur par le créancier<sup>1253</sup>. Alors même qu'elle n'a en rien payé au créancier, la caution prévoyante entend se prémunir des effets pervers du délai supplémentaire accordé au débiteur. En effet, une simple prorogation du terme ne décharge nullement la caution<sup>1254</sup>. Aussi, il lui appartient d'être vigilante et réactive, dans la limite du principe de l'accessoire, pour ne pas se trouver emporter dans le tourbillon des difficultés financières. En outre, la caution n'est pas dupe. Elle a conscience que durant ce temps de bienveillance la situation du débiteur risque de s'aggraver et, par la même occasion pour elle de voir s'envoler toute chance d'être remboursée. Dès lors, voyant son

---

<sup>1252</sup>Sur ces mesures, voir D. Legeais, *op.cit.* ; F. Zénati-Castaing, *Cours de droit civil : sûretés personnelles*, *op.cit.*

<sup>1253</sup>Ancien art. 2039 C.civ.

<sup>1254</sup>P. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés*, *op.cit.* ; J-B. Seube, *Droit des sûretés*, *op.cit.* ; J.F. Riffard, *Droit des sûretés*, *op.cit.* .

obligation de garantie prolongée au-delà de ce qui était normalement prévu ou prévisible, la caution est parfaitement en droit de contraindre le débiteur de lui payer son dû, afin de ne pas être engagée elle aussi par ce prolongement<sup>1255</sup>.

L'alinéa 5 quant à lui, protège la caution lorsque « l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance ». Cette mesure entend protéger la caution en l'autorisant à mettre un terme à la sûreté consentie au bout de dix ans, imposant ainsi un délai raisonnable au-delà duquel son obligation ne pourra ainsi être prolongée.

Si en pratique, l'exercice du recours anticipé est relativement rare, il procure néanmoins à la caution une protection intéressante. Cette action préventive est un moyen de pression pouvant s'avérer être redoutable à l'encontre d'un débiteur peu diligent. Certes, l'examen des cas dans lesquels ce recours préventif est susceptible d'advenir souligne « son caractère tant exhaustif qu'exceptionnel »<sup>1256</sup>. Le fait que cette prérogative soit autorisée que dans des hypothèses spécifiques nous semble être une bonne chose. Les cautions qui contestent leur obligation en ces cas montrent que les prévisions faites par les contractants au cautionnement peuvent s'en trouver très perturbées.

Le « Groupe Grimaldi »<sup>1257</sup> avait proposé une actualisation de la liste des circonstances ouvrant droit à la caution un recours anticipé. Le projet avançait l'idée de conserver toutes les hypothèses posées aux articles 2309 et 2316 du Code civil, exceptée celle relative à la « faillite » ou à la « déconfiture »<sup>1258</sup>. Or, c'est précisément dans ces contextes particuliers que le recours avant paiement est le plus souvent soulevé. Toutefois, sachant que la caution dans ces cas sera soumise aux règles de la procédure collective, notamment en ce qui concerne la déclaration de créance, une telle proposition peut aisément se comprendre.

En outre, le projet faisait état dans un dernier alinéa de la possibilité pour « la caution, avant même d'avoir payé, de déclarer sa créance lorsqu'une procédure de rétablissement personnel, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte contre le débiteur ». Ce point pose une règle de bon sens. En effet, en de pareilles circonstances, le jugement

---

<sup>1255</sup>Préc.

<sup>1256</sup> P. Simler, Ph. Delebecque, Droit civil, Les sûretés, op.cit.

<sup>1258</sup>Art. 2309 al.2.

d'ouverture débouche sur la suspension des poursuites individuelles<sup>1259</sup>. De fait, il est particulièrement délicat pour la caution d'anticiper avec un recours avant paiement contre le débiteur. Déclarer sa créance demeure donc pour elle la seule issue<sup>1260</sup>.

Ainsi, si le recours anticipé se distingue par son originalité et ses aspects bénéfiques pour la caution, le recours après paiement est en revanche tout à fait normal et doit également pouvoir déployer tous ses effets en faveur de cette dernière qui a vu son patrimoine amputé par le paiement de la dette d'autrui (§2).

## **§2) LA CORRECTION DU DESEQUILIBRE PROVOQUE PAR LE REGLEMENT DE LA DETTE D'AUTRUI PAR LA CAUTION**

« L'engagement de la caution, vis à vis du débiteur garanti, n'est pas un engagement de payer sa dette. La caution n'entend jamais assumer la dette principale mais la garantir.[...] La relation unissant le garant au débiteur est par essence commutative »<sup>1261</sup>. Aussi, lorsque la caution, par son paiement, a satisfait le créancier, elle bénéficie du droit d'ouvrir une action récursoire contre le débiteur principal qui s'est trouvé par l'intervention de son garant libéré d'un élément du passif de son patrimoine. « L'appauvrissement de la caution réalisé par son paiement trouve dès lors une corrélation dans l'enrichissement du débiteur principal »<sup>1262</sup>. Le déséquilibre entre le patrimoine de la caution et celui du débiteur ainsi observé doit être modifié. Le principe « de justice corrective » sur lequel repose la reconnaissance du recours après paiement de la caution prend alors ici tout son sens.

En outre, « au-delà des termes de l'article 2028C.civ.<sup>1263</sup>, force est d'ailleurs de constater que le débiteur, lorsqu'il s'adresse à la caution, sait ou doit savoir qu'elle n'acceptera de s'engager qu'à condition d'être indemnisée de ses débours éventuels. Sous réserve d'une intention libérale de la caution, le débiteur contracte donc nécessairement un engagement, au moins implicite, de l'indemniser. Cette considération suffit à fonder, sinon le régime, du moins le

---

<sup>1259</sup> Art.L 332-6 al.2 C.cons.

<sup>1260</sup> L. Aynès, P. Malaurie, P. Crocq, Droit civil, Les sûretés, op.cit.

<sup>1261</sup> G. Mégret, Les recours du garant, op. cit.

<sup>1262</sup> G. Mégret, Les recours du garant, préc.

<sup>1263</sup> Désormais devenu article 2305 C.civ.



principe du recours de la caution, indépendamment de toute recherche sur la nature juridique précise du contrat conclu avec le débiteur »<sup>1264</sup>. En conséquence, la relation particulière qui lie le débiteur à la caution suppose ainsi une obligation de remboursement à la charge du débiteur principal lorsque la caution a payé le créancier<sup>1265</sup>. Le paiement devient dès la condition pour espérer un éventuel remboursement. En effet, « créancière, la caution l'est assurément, elle a un droit, indéfectible parce qu'il est de l'essence du cautionnement, au remboursement des sommes qu'elle peut être amenée à payer. Toutefois, cette créance ne devient certaine que lors de l'exécution de sa propre obligation par la caution. Si son obligation est certaine dès la conclusion du contrat, sa créance de remboursement reste éventuelle jusqu'à l'exécution du contrat »<sup>1266</sup>. De fait, la caution ne devient créancière d'un recours en remboursement qu'à la seule condition qu'apparaît « un évènement futur et incertain : le paiement »<sup>1267</sup>.

Cette créance de recours conditionnelle<sup>1268</sup> qui résulte du rapport unissant le débiteur principal et la caution, et non du contrat de cautionnement stricto sensu, contribue à fournir une arme particulièrement appréciable à la caution contre la personne garantie compte tenu des nombreux avantages que ce recours lui procure.

### **A) L'ACTION PERSONNELLE EN REMBOURSEMENT DE LA CAUTION**

Aux termes de l'article 2305 du Code civil<sup>1269</sup>, « la caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur. Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais ; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu ».

La formule ainsi énoncée présente plusieurs points intéressants. Tout d'abord, l'article 2305 C.civ. ne faisant aucune distinction, l'exercice de l'action personnelle est ouvert à toutes les

---

<sup>1264</sup>J.François, « Le problème de la nature juridique du rapport caution-débiteur », op. cit.

<sup>1265</sup>G. Mégret, Les recours du garant, préc.

<sup>1266</sup>Ch. Mouly, « Les recours anticipés de la caution contre la sous-caution », JCP.G.1980, 2985, n°9.

<sup>1267</sup>G. Mégret, op. cit.

<sup>1268</sup>G. Mégret, op. cit.

<sup>1269</sup>Anc. art. 2028C.civ.

cautions, civiles ou commerciales , simples ou solidaires, donneur d'aval..., toutes sont susceptibles de demander le remboursement de ce qu'elles ont avancées au créancier au titre de la dette du débiteur garanti. Cela découle encore une fois du caractère accessoire de l'engagement de la caution.

Ensuite, l'article précise que la caution peut être remboursée que « le cautionnement ait été donnée au su ou à l'insu du débiteur ». De fait, le recours personnel trouve sa raison d'être toujours dans les rapports qu'entretiennent la caution et le débiteur principal<sup>1270</sup>. Aussi, si le débiteur a sollicité une personne et lui a demandé de se porter caution, la situation est alors similaire à un mandat tacite sans représentation<sup>1271</sup>. Dans une telle hypothèse, un accord de volonté existe. Cette rencontre des consentements entre les deux protagonistes suffit à former un véritable contrat qui fonde l'action personnelle en remboursement de la caution.

En revanche, dans le cas où la caution est intervenue à l'insu du débiteur, la mise en œuvre du recours personnel reposera sur un mécanisme proche de la gestion d'affaires<sup>1272</sup>. Cette immixtion de la caution dans les affaires du débiteur , faite volontairement , sans qu'aucune convention ne soit intervenue, n'écarte donc pas son remboursement. Du fait justement de la relation de crédit qui existe entre elle et ledit débiteur , la loi retient ainsi qu'elle ne s'engage qu'en qualité de garant envers ce dernier<sup>1273</sup>. Néanmoins, une telle circonstance reste en pratique plutôt exceptionnelle<sup>1274</sup>.

Ceci étant, mandat ou gestion d'affaires, la qualification importe peu car, dans tous les cas la le recours personnel est affirmé. C'est certainement la raison pour laquelle la jurisprudence ne s'embarrasse guère de tels détails<sup>1275</sup>. Toutefois, ce qui est important c'est que le règlement réalisé ne doit pas affecter la caution.

Ce faisant, le principal attrait du recours personnel est de déboucher sur une indemnisation complète de la caution qui pourra même obtenir au delà de ce qu'elle a pu régler au créancier. En effet, au regard de l'article 2305 C.civ. , la caution peut non seulement réclamer le

---

<sup>1270</sup>J.François, « Le problème de la nature juridique du rapport caution-débiteur », op.cit.

<sup>1271</sup>Préc.

<sup>1272</sup>J.François, « Le problème de la nature juridique du rapport caution-débiteur », op.cit.

<sup>1273</sup>D. Legeais, Droit des sûretés et garanties du crédit , op.cit.

<sup>1274</sup>Sur cette hypothèse, voir J.François, « Le problème de la nature juridique du rapport caution-débiteur », op.cit.

<sup>1275</sup>D. Legeais, Droit des sûretés et garanties du crédit , op.cit.

remboursement du principal, mais également prétendre au versement « d'intérêts moratoires au taux légal sur les sommes versées au créancier pour le compte du débiteur »<sup>1276</sup>. En outre, l'action personnelle lui octroie aussi le remboursement des frais de paiement qu'elle a engagé pour le recouvrement de sa créance, frais que l'article 2305C.civ. limite toutefois à ceux apparus après l'information du débiteur principal<sup>1277</sup>. Il peut s'agir par exemple des honoraires d'avocat auxquels la caution a dû faire face. Enfin, si la caution venait à souffrir d'un quelconque préjudice, celle-ci aura tout le loisir de réclamer des dommages et intérêts.

Toutes ces largesses accordées à la caution par le biais de l'action personnelle sont plus que positives et répondent à une exigence essentielle, celle du respect du caractère accessoire du cautionnement<sup>1278</sup>. La nature de cautionnement de l'engagement pris par la caution doit la protéger par un recours personnel en remboursement intégral des sommes qu'elle aurait réglé. Une action en paiement que les cautions apprécient et qu'elles n'hésitent pas à mettre en avant dès lors que leurs intérêts sont en jeu. D'autant que le recours personnel peut s'avérer très utile dans certains cas. Notamment lorsque le débiteur garanti est confronté à un redressement ou à une liquidation judiciaire, circonstances au cours desquelles le débiteur en difficulté peut être en période d'observation. Dans ce cas, la caution pourrait s'appuyer sur l'article L.621-32 du Code de commerce afin d'être payée prioritairement sur les autres créanciers du débiteur garanti<sup>1279</sup>.

Reste que la détermination de la naissance du recours personnel soulève une certaine polémique. Mais selon un arrêt du 1er mars 2005<sup>1280</sup>, la créance de recours de la caution contre le débiteur est fixée à la date de l'engagement de ladite caution<sup>1281</sup>. Précisément, en avançant ce moment la Haute juridiction semble extraire du contrat de sûreté stricto sensu l'essence même de l'action de la caution<sup>1282</sup>. Une position pour le moins déroutante, d'ailleurs vivement critiquée par une partie de la doctrine<sup>1283</sup>. Pourtant, si l'on admet que la caution a la

---

<sup>1276</sup>Cass.civ. 1re, 22 mai 2002, Bull.civ.I, n°138; D.2002, p.1899; JCP.2003.I.124, n°9, obs. Ph. Simler.

<sup>1277</sup>Art. 2305 al 2 : « depuis qu'elle a dénoncé au débiteur les poursuites dirigées contre elle ».

<sup>1278</sup>Grimaud, « Le caractère accessoire du cautionnement », op.cit.

<sup>1279</sup>P.Rubelin, « Le recours personnel de la caution contre le débiteur en redressement », LPA1995, p.16; CA Rennes, 31 mars 2000, RD bancaire et fin. Mars-avril 2000, comm.70, obs.F.-X.

<sup>1280</sup>Cass.com.1er mars 2005, n°02-13.176, D.2005, p.1365, note P.M. Le Corre.

<sup>1281</sup>Position confirmée dans par ex. Cass.com., 16 juin 2004, Bull.civ.IV, n°123, JCP.E.2005, 31, obs. M. Cabrillac; RTDciv.2004, 758, obs. P.Crocq. Voir également, I. Despres, « De l'inexistence du recours avant paiement entre cofidélus », RLDC.2004, n°10.

<sup>1282</sup>Ch. Mouly, « Les recours anticipés de la caution contre la sous-caution », op.cit.

<sup>1283</sup>L.Aynes et P. Crocq, op.cit., Y. Picod, op.préc. En outre, selon certains juges du fond, c'est bien le paiement de la caution qui fait naître la créance de recours personnelle dans son patrimoine : ex. CA; Toulouse, 3ème Ch.,

possibilité d'exercer un recours anticipé<sup>1284</sup>, fixer la date de naissance de la créance de recours personnel au jour de l'engagement de la caution n'a en réalité rien de surprenant. Car, « peut-être pourrait-on considérer que la créance de la caution contre le débiteur existe virtuellement dès le jour de son engagement puisqu'elle a, dans certains cas, un recours contre ce débiteur même avant d'avoir payé »<sup>1285</sup>.

Pour autant, ce début de réponse ne nous satisfait pas totalement. En effet, la confusion qui ressort de l'arrêt du 1er du mars 2005 jette le trouble<sup>1286</sup>. Laisser entendre qu'il y a un rapport entre le contrat de sûreté et la créance de recours personnel de la caution est, nous semble-t-il, quelque peu délicat. Rappelons que le débiteur principal n'est pas partie au contrat de cautionnement stricto sensu et que de fait, seule la relation qui unit le débiteur garanti à la caution pourrait être à l'origine de la créance de recours accordée à cette dernière et expliquer ainsi l'obligation de remboursement qui pèse sur le débiteur principal<sup>1287</sup>.

Toutefois, le cap pris par la Cour de Cassation peut aisément s'expliquer par le besoin et la nécessité de protéger le débiteur en redressement judiciaire<sup>1288</sup>, surtout en ces temps de crise où la priorité est donnée à la sauvegarde des entreprises en difficultés.

S'agissant du délai de prescription du recours personnel, là encore ce dernier offre un autre avantage particulièrement intéressant à la caution. Le recours personnel repose, sur une obligation différente de celle qui existe entre le débiteur et le créancier. Dès lors, son régime est complètement indépendant et ne se calque nullement sur celui applicable à l'action du créancier contre le débiteur<sup>1289</sup>. Aussi, la caution va bénéficier d'un délai de prescription qui lui sera propre et tiré du droit commun, à savoir, une prescription quinquennale<sup>1290</sup>. Sauf dans le cas où la caution a garanti un crédit à la consommation où le délai de la prescription est ramené à deux ans<sup>1291</sup>.

---

25 novembre 1992, JurisData n°049206; JCP.G.1994, 3765, n°7, obs.Ph.Simler et Ph. Delebecque.

<sup>1284</sup> Art. 2309C.civ., « la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisé ».

<sup>1285</sup> Ph. Simler et Ph. Delebecque, obs. Sous CA Toulouse, 3ème ch., 25 novembre 1992.

<sup>1286</sup> Observations P.M. Le Corre, op. cit.

<sup>1287</sup> M.N. Jobard-Bachelier, V. Brémond, M. Bourassin, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>1288</sup> P-M. Le Corre, note sous Cass.com., 1er mars 2005, op.cit.

<sup>1289</sup> Ph. Simler et Ph. Delebecque, préc.; M.N. Jobard-Bachelier, V. Brémond, M. Bourassin, préc.; D. Legeais, préc.

<sup>1290</sup> Art.2224 C.civ.

<sup>1291</sup> L.311-37 du Code de la consommation. Voir M. Farge, « L'application au cautionnement du bref délai prévu en matière de crédit mobilier à la consommation », JCP.G.2001.I.310.

## **B) L'ADMISSION D'UNE ACTION EN REMBOURSEMENT FONDEE SUR LA SUBROGATION**

La subrogation est , « l'opération qui substitue une personne ou une chose à une autre, le sujet ou l'objet obéissant au même régime que l'élément qu'il remplace »<sup>1292</sup>. Dans le cas précis de la caution, c'est l'action du créancier contre le débiteur qui lui est transmise par le mécanisme de la subrogation personnelle légale. En d'autres termes, la caution se substitue, remplace le créancier dans le rapport d'obligation .

En effet, ayant payé à la place du débiteur principal , la caution dispose contre ce débiteur d'un recours fondé sur la subrogation pour se faire rembourser. En intervenant auprès du créancier, la caution-solvens est ainsi subrogée dans ses droits. La créance lui est ainsi transmise avec tous ses accessoires. En concluant avec la caution dans le contrat de cautionnement stricto sensu, le créancier accepte cet état de fait ; d'autant qu'ayant été satisfait par le paiement effectué par la caution , ces droits dont il était titulaire contre le débiteur principal ne présentent pour lui plus aucune utilité<sup>1293</sup>.

Cette consécration du recours subrogatoire en faveur de la caution apparaît dans le Code civil à l'article 2306 aux termes duquel, « la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ». Cette formule n'est en réalité que le reflet de la règle de portée générale de l'article 1251-3°C.civ. qui prévoit que « la subrogation a lieu de plein droit (...), au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter »<sup>1294</sup> . La mise en œuvre de ce texte est subordonnée à deux conditions : le solvens doit « être tenu à la dette », « avec d'autres ou pour d'autres ».

Appliqué au cautionnement, la caution qui a payé « pour un autre » pourra donc invoquer l'application du mécanisme de la subrogation de plein droit, et ceci en dehors de tout accord, et ainsi jouir des droits et avantages dont bénéficie le créancier à l'encontre du débiteur principal .

---

<sup>1292</sup>Lexique des termes juridiques, Dalloz.

<sup>1293</sup>D. Legeais, préc.

<sup>1294</sup>Selon Monsieur J. Mestre, « A partir de l'article 1251-3°, a été consacré un mécanisme autonome de la subrogation légale, appelée à jouer chaque fois qu'une personne a dû effectuer un paiement libérant le débiteur définitif de la dette », J.Mestre, op.cit., n°247, p.284.

Dès lors, « chaussant les bottes du créancier désintéressé »<sup>1295</sup>, la caution profite d'une position protectrice qui lui permettra de rétablir le déséquilibre patrimonial ainsi causé par son règlement. Le poids définitif de la dette doit peser sur le débiteur principal à qui la caution a voulu rendre service. Puisant son essence dans l'équité<sup>1296</sup>, la subrogation apparaît comme « utile et nécessaire » pour assurer cette justice commutative<sup>1297</sup>, principe tant recherché par le législateur toujours aussi bienveillant à l'égard des cautions.

Le recours subrogatoire peut être exercé par toute caution qui aurait payé<sup>1298</sup> et contre toute personne que le créancier aurait pu poursuivre au titre de l'obligation principale. L'aménagement d'une telle mesure présente sans conteste un intérêt certain pour la caution. Une mesure qui n'est pas sans nous rappeler le bénéfice de cession d'actions que le droit romain octroyait à la caution afin « d'obliger le créancier à lui céder ses actions contre le débiteur de l'obligation garantie, sous peine de se voir opposer un dol par le garant bien décidé à ne pas payer pour un autre »<sup>1299</sup>.

Détenant les droits et actions du créancier avec tous les accessoires, la caution pourra notamment profiter ainsi des droits préférentiels, des actions en justice<sup>1300</sup>, des éventuelles garanties et sûretés réelles<sup>1301</sup> et personnelles, que ledit créancier s'était réservé en plus du cautionnement pour garantir la dette comme par exemple des assurances qui protègent le créancier contre la disparition du bien, l'invalidité ou le décès du débiteur principal.

C'est pourquoi, lorsque la créance est entourée de garanties sérieuses, la caution a vraiment intérêt à agir en formant un recours subrogatoire qui s'avère en ce sens plus intéressant que le recours personnel, surtout si elle veut éviter le concours avec d'autres créanciers du débiteur principal<sup>1302</sup>. Toutefois, si la caution bénéficie des avantages en portant le costume du

---

<sup>1295</sup>J.Mestre, La subrogation personnelle, LGDJ,1979.

<sup>1296</sup>V. Demolombe, cité par J.Mestre, op.cit. : « La subrogation, ce n'est pas le droit pur, c'est l'équité. Mais une équité bienfaisante, qui profite aux uns, sans nuire aux autres ».

<sup>1297</sup>J. Mestre, op. cit., p.35.

<sup>1298</sup>Cass.civ. , 1re, 30 mars 1994; Bull.civ.I, n°122.

<sup>1299</sup>E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, coll. La mémoire du droit, présentation D. Mazeaud, p.468; P.F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, rééd. Dalloz, 2003, présentation J.P.H. Levy.

<sup>1300</sup>Cass.civ.1re, 7 décembre 1983; Bull.civ.I, n°291; RTDciv.1984, 718, note J.Mestre: Subrogée dans toutes les actions qui appartiennent au créancier, la caution-solvens peut jouir de l'action en responsabilité du créancier contre un tiers.

<sup>1301</sup>« La caution pourra notamment disposer des garanties réelles en se retournant contre un tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué lors de l'exercice du droit de suite et lui réclamer le remboursement jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble » : Cass.civ. 16 mars 1938, DP.1939, p.41, note Voirin; Voir aussi Cass.com. 11 juillet 1988, Bull.civ.IV, n°237; J.Mestre, « La pluralité d'obligés accessoires », RTDciv.1981, p.1 et spéc.n°22.

<sup>1302</sup>J.Mestre, La subrogation personnelle, op.cit.

créancier, elle doit faire avec les faiblesses de cette position<sup>1303</sup>. En effet, contrairement à l'exercice d'une action personnelle, le recours subrogatoire est limité au montant versé par la caution au créancier. Un inconvénient de taille pour des cautions qui en veulent toujours plus. De fait, ne pouvant réclamer au-delà de ce qu'elle a versé au créancier, tout recours en vue de dommages-intérêts, de paiement des frais ou d'intérêts moratoires, lui est exclu. Cependant, elle peut toujours espérer obtenir « le versement des intérêts produits au taux légal pour la dette qu'elle a acquittée », et ce à partir du paiement effectué<sup>1304</sup>.

En outre, le délai de prescription doit faire l'objet d'une vigilance particulière de la part de la caution qui est soumise maintenant au délai de l'action du créancier et ne doit pas se laisser surprendre par le temps qui s'est déjà écoulé, ce qui pourrait anéantir ses tentatives de poursuites.

A cela s'ajoutent des obstacles légaux importants au remboursement de la caution, des limites à sa protection qui s'expliqueraient essentiellement par une faute de sa part. En effet, l'article 2308 du Code civil fait état de deux fins de non-recevoir. Tout d'abord, la caution est privée de tout recours subrogatoire si celle-ci règle le créancier sans avoir prévenu le débiteur qui paye une seconde fois. Dans ce cas, en raison de sa négligence, elle n'aura d'autre possibilité que d'entreprendre une action en répétition de l'indu contre le créancier. La même sanction lui sera également appliquée si la caution satisfait le créancier sans préalablement averti le débiteur principal alors que ce dernier aurait eu, au moment du paiement, des recours à faire valoir pour ne pas payer<sup>1305</sup>. La légèreté ou l'excès de confiance des cautions sont donc sévèrement sanctionnés, protégeant ainsi le débiteur principal. Une protection qui peut s'avérer très utiles à ce dernier notamment contre les cautions professionnelles qui font parfois preuve d'un grand zèle à l'égard du créancier à qui elles règlent la dette sans opposer aucune résistance<sup>1306</sup>. Ces circonstances particulières nous démontrent que la protection de la caution n'est pas absolue. Mais cette rigueur tombe sous le sens. De plus, cette démarche responsabilise davantage la caution qui se doit alors d'être plus prudente, y compris dans ses recours contre les coobligés accessoires (Section 2).

---

<sup>1303</sup>J.Mestre, préc.

<sup>1304</sup>Cass.com.18 mars 2003, Banque et droit, septembre-octobre 2003, p.67, F.J ; JCP.G.2003, II, 10105, note M. Billiau ; JCP.E.2003.II.1160, note P.G.Marly.

<sup>1305</sup>Article 2308al.2 C.civ.

<sup>1306</sup>D. Legeais, préc.

## **SECTION 2 : LES RECOURS CONTRIBUTOIRES CONTRE LES COOBLIGES ACCESSOIRES**

Il peut arriver que la caution s'engage à garantir la dette du débiteur principal, non pas seule, mais avec d'autres protagonistes. Dans ces cas, la caution qui a payé le créancier pourra toujours a priori espérer recourir contre ces coobligés pour ne pas supporter seule le poids définitif de la dette<sup>1307</sup>. Ces protections supplémentaires qui sont souvent, pour la caution confrontée à l'insolvabilité du débiteur les seuls moyens d'être remboursée, se présentent sous diverses combinaisons. Des actions contre ses éventuels cofidéjusseurs (§1), elle se voit aussi accorder des recours contre ses garants de second rang (§2).

### **§1) L'ORGANISATION LEGALE DES LIENS DE LA CAUTION SOLVENS AVEC LES COFIDEJUSSEURS**

Outre les recours contre le débiteur principal, les rédacteurs du Code civil ont envisagé au profit de la caution des recours contre les autres cautions. Au nombre de deux, leur finalité diffère sensiblement de celle reconnue par les actions exercées contre le débiteur principal. En effet, si ces dernières permettent à la caution d'obtenir le remboursement de tout ce qu'elle a pu payer, les recours contre les cofidéjusseurs ont pour objectif de répartir la dette entre les différentes cautions. C'est ainsi, que la caution qui a payé bénéficie d'une action personnelle (A) qui vient renforcer l'action subrogatoire de l'article 1251,3 du Code civil (B).

#### **A) L'INTERÊT DE L'ACTION PERSONNELLE DE L'ARTICLE 2310 C.CIV.**

Les rapports particuliers entre les cofidéjusseurs sont régis par l'article 2310 C.civ.<sup>1308</sup> qui prévoit que « lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion ». Le texte est on ne plus clair. Dès lors que l'une des cautions a payé, la loi lui ouvre le droit de réclamer aux autres leur contribution « chacune pour sa part et portion » dans la dette. C'est le principe de division des poursuites que l'on retrouve aussi à l'article 1214 du Code civil.

---

<sup>1307</sup> J. Mestre, « La pluralité d'obligés accessoires », RTDciv. 1981, p.1. ; Ph. Simler, Cautionnement, J-Cl. Civil, art.2288 à 2320, fasc. 50 et 55.

<sup>1308</sup> Anc. article 2033 C.civ.



Cette action personnelle, c'est-à-dire propre à la caution solvens, ne saurait toutefois décharger cette dernière de sa part contributive<sup>1309</sup>. Ce qui est fort logique, d'autant que pour cela elle dispose de recours contre le débiteur principal<sup>1310</sup>. S'opère alors un calcul qui peut très vite devenir complexe. Si leurs engagements sont égaux, la solution ne pose pas trop de difficultés puisque la répartition se fait par parts viriles, « c'est-à-dire par tête »<sup>1311</sup>. Dans ce contexte, chaque caution supportera une part égale de la dette et ce, peu importe les intérêts respectifs dans l'opération principale<sup>1312</sup>. Dans l'hypothèse où une ou plusieurs cautions sont insolvables, leur insolvabilité pèsera également sur celles qui demeurent solvables.

Les choses sont beaucoup moins simples lorsque les cautions ont souscrit des engagements inégaux. La haute juridiction est donc intervenue pour en préciser les lignes en énonçant que « la fraction de la dette doit être supportée par chacune des cautions en proportion de son engagement initial »<sup>1313</sup>, sauf si les personnes concernées en ont décidé autrement. S'ouvrent alors de minutieux calculs pour déterminer le montant dû par chaque protagoniste. Pour éviter les désagréments qu'engendre la complexité de telles opérations, on ne peut que conseiller aux cautions d'être prévoyantes en organisant dès le départ dans une convention leurs recours<sup>1314</sup>.

Cette action personnelle, qui n'est admise que « lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés à l'article 2309 C.civ. »<sup>1315</sup>, présente un grand intérêt pour la caution qui s'est appauvrie en payant intégralement la dette du débiteur principal. Un tel recours, outre l'opportunité d'obtenir de ses cofidéjusseurs « leur part et portion » dans le principal de la dette, il lui permet d'intégrer à sa demande les intérêts qu'elle a payés ainsi que les frais engagés, dans une proportion identique<sup>1316</sup>. La situation de ces cautions est similaire à celle d'un codébiteur solidaire qui, après avoir acquitté le créancier, divise son action contre ses coobligés<sup>1317</sup>.

Les raisons susceptibles de justifier une telle protection ne manquent pas. Plusieurs arguments sont avancés<sup>1318</sup>. Il y a d'abord le plus improbable d'entre eux et qui consiste à voir en ce recours une gestion d'affaires<sup>1319</sup>. L'idée est que, tenues toutes par la même dette, la caution qui sera actionnée par le créancier va rendre service aux autres en s'acquittant de la somme

<sup>1309</sup>Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 14 octobre 1981, Bull. civ. 1981, I, n°290; Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 2001 ; JCP.G. 2002.I. 120, note Ph. Simler ; RD bancaire et fin. , janvier-février 2002, 11, obs. D. Legeais.

<sup>1310</sup>G. Piette, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>1311</sup>M.N. Jobard-Bachelier, V. Brémond, Droit civil, Sûretés, Publicité foncière, op.cit.

<sup>1312</sup>Cass.com.

<sup>1313</sup>Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 1994, JCP G 1994, I, 3807, n°9, note Ph; Delebecque et Ph. Simler, Defrénois 1994, art. 35897, note L. Aynès, Voir D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, op.cit. .

<sup>1314</sup>Un judicieux conseil que prodigue d'ailleurs Mr. D. Legeais, op. cit. .

<sup>1315</sup>Article que nous avons eu l'occasion dévouer dans le recours anticipé que la caution dispose contre le débiteur principal.

<sup>1316</sup>P.Y. Arttoy, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>1317</sup>R. Thisse, L'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité. Etude comparée, op.cit. .

<sup>1318</sup>F. Jacob, Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie, préf. Ph ; Simler, Bibl. de droit privé, T. 294, 1998 ; C. Albiges, M-P. Dumond-Lefrand, Droit des sûretés, op.cit. .

<sup>1319</sup>J. Mazeaud et F. Chabas, Leçon de droit civil, op.cit. ; Ph. Malaurie et Aynes , les sûretés, droit du crédit, op.cit. ; J. Mestre, La pluralité d'obligés accessoires, RTDciv. 1981, p.1 ; G. Marty et P. Raynaud, Les sûretés, La publicité foncière, op.cit. .

réclamée. Elle pourra en ce sens former un recours contre les autres cautions pour récupérer son dû. Mais cette thèse omet un détail de taille. En effet, la gestion d'affaires suppose que le gérant ait une intention volontaire d'agir dans l'intérêt d'autrui<sup>1320</sup>. De fait, « une gestion purement fortuite, inconsciente des affaires d'autrui ne serait pas, à proprement parlé, une gestion d'affaires »<sup>1321</sup>. Or, il est tout à fait possible qu'une caution ignore l'existence des autres garants. C'est pourquoi, il nous faut écarter cette théorie de la gestion d'affaires pour nous orienter vers l'enrichissement sans cause. Cet argument sera-t-il plus convaincant. Il est permis d'en douter et ceci pour une raison évidente. Certes, la caution qui a payé la totalité de la dette s'est appauvrie ; mais de là à dire que les autres cautions se sont enrichies de cet événement est quelque peu restrictif. D'autant qu'il y a une cause à l'appauvrissement de ladite caution, c'est justement son engagement en qualité de caution<sup>1322</sup>. Cette thèse de l'enrichissement sans cause ne tient guère la route. Pas plus que celle qui prône entre les cautions l'existence d'une société tacite dans laquelle elles assumeraient un même risque<sup>1323</sup>.

Il nous faut dès lors nous reporter à la notion qui irrigue « de ses bienfaits » le cautionnement depuis le début : l'équité. Cette justification à laquelle nous adhérons semble satisfaire le plus grand nombre<sup>1324</sup>.

Cette protection que procure l'article 2310 C.civ. n'est pas d'ordre public. La caution peut donc y renoncer ou procéder à un aménagement de la contribution en accord avec les autres cautions. Dans l'hypothèse où c'est la voie de la renonciation qu'elle emprunterait, celle-ci peut se faire au profit de tous les cofidélusseurs ou d'un ou plusieurs d'entre eux. Son choix est déterminant et peut être lourd de conséquences car, si elle les dispense tous, la caution devra supporter seule le poids total de la dette !

## **B) LA PORTEE DE L'ACTION SUBROGATOIRE DE L'ARTICLE 1251,3°C.civ.**

En l'absence de texte spécial prévoyant que la caution ayant réglée la dette du débiteur principal est subrogée dans les droits du créancier contre les autres cautions, c'est l'article 1251,3° du Code civil qui trouve à s'appliquer. Cette disposition de droit commun, qui profite à tous ceux qui acquittent une dette à laquelle ils sont tenus avec d'autres, présente certains avantages.

En effet, Si elle n'y renonce pas, la caution par le biais de cette mesure récupère les droits dont le créancier disposait contre les autres cofidélusseurs. Un intérêt certain s'observe surtout lorsque les engagements de ces derniers sont contre-garantis. Ainsi par exemple, si l'une des

---

<sup>1320</sup>Une condition d'ailleurs rappelée depuis longtemps par la Cour de cassation : Cass.civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janvier 1974, Bull. civ. III ; obs. F. Jacob, préc.

<sup>1321</sup>A. Sériaux, Droit des obligations, PUF, Coll. Droit fondamental, 1992.

<sup>1322</sup>En ce sens Ph. Simler, Le cautionnement, les garanties autonomes, op.cit ; F. Jacob, op. cit. .

<sup>1323</sup>Ph. Simler, préc.

<sup>1324</sup>Pothier, Traité des obligations, op.cit ; J-B. Seube, droit des sûretés, op.cit. ; D. Legeais, préc. ; F. Jacob, préc..

cautions est elle-même garantie par un certificateur de caution, le solvens grâce à la subrogation aura l'opportunité d'agir contre ledit certificateur<sup>1325</sup>.

Mais la portée de cette protection est limitée. D'une part, dans la mesure où la caution solvens a enfilé les habits du créancier « originaire », elle subira les mêmes revers, puisque la caution qu'elle poursuivra pourra lui opposer les mêmes exceptions<sup>1326</sup>. D'autre part, l'action subrogatoire de l'article 1251,3°C.civ. présente l'inconvénient d'avoir une assiette plus restreinte que celle de l'action personnelle, puisque la caution ne peut seulement espérer que la somme réglée au créancier. Les frais exposés et les intérêts payés lui sont dès lors en la matière exclus.

Néanmoins, malgré les limites qu'elles soulèvent, l'action personnelle de l'article 2310 C.civ. et l'action subrogatoire de l'article 1251,3°C.civ. exercée contre les cofidéjusseurs demeurent des protections utiles. Tout comme le seront les recours qu'elle détient contre les garants de second rang (§2).

## **§2) LES RECOURS CONTRE LES GARANTS DE SECOND RANG**

Les liens de la caution avec les garants de second rang ne sont pas des plus simples. Qu'il s'agisse du sous-cautionnement (A) ou de la certification de caution (B), ces figures contractuelles proposent une protection bien spécifique de la caution<sup>1327</sup>. Nous allons voir comment ces variétés de cautionnement remplissent ainsi leur fonction.

### **A) LE RECOURS CONTRE UNE SOUS-CAUTION**

Ce que craint le plus une caution une fois qu'elle a payé le créancier, nous l'avons dit, c'est qu'elle soit confrontée à l'insolvabilité du débiteur principal. Aussi, pour se protéger contre ce risque, elle va exiger de celui qu'elle cautionne une sous-caution.

Œuvre de la pratique, ce montage ne fait l'objet d'aucune disposition dans le Code civil<sup>1328</sup>. Se dessine alors une nouvelle relation triangulaire mettant en scène la caution-le débiteur et la sous-caution, parfaitement indépendante de celle que gouverne le cautionnement (créancier-débiteur-caution) de sorte que le créancier ne peut en aucun cas agir contre ladite caution<sup>1329</sup>.

---

<sup>1325</sup> Sur l'intérêt d'une telle action, P-Y. Ardoys, droit des sûretés, op.cit.

<sup>1326</sup> Comme la nullité ou l'extinction de la sûreté personnelle, ex. Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 18 octobre 2005, JCP E 2006, 1753, n°10, obs. Ph. Simler ; Defrénois 2005, p.2016, note E. Savaux.

<sup>1327</sup> B. Saintourens, « Certificateur de cautions et sous-cautions, les oubliés des réformes du droit du cautionnement », Mélanges Cabrillac, Litec, 1999, p.399 ; C. Houin-Bressand, « Les contre-garanties », Dalloz, 2006, préf. H. Synvet, p.338.

<sup>1328</sup> Son essor coïncide avec le développement du cautionnement consenti à titre professionnel, essentiellement par les établissements de crédit : voir sur cet aspect P.Y. Ardoys, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>1329</sup> Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 2001, JCP G 2002, I, 120, n°1, note Ph. Simler ; Cass.com. 3 décembre 1985, Bull.civ. IV, n°228.

Si le débiteur conserve sa place, la caution endosse quant à elle la qualité de créancier garantie par la sous-caution qui devient en somme la caution. Ainsi distribués, les rôles de chacun vont produire leurs effets.

En garantissant le recours qu'elle a contre le débiteur principal, la caution contre-garantie<sup>1330</sup> améliore assurément sa position. Mais pour pouvoir actionner la sous-caution, cette dernière doit nécessairement avoir réglé le créancier principal et que son recours contre le débiteur ait été infructueux. De fait, un recours anticipé est totalement exclu<sup>1331</sup>. A partir de là, les rapports de la caution contre-garantie avec la sous-caution sont similaires à ceux qu'elle avait avec le créancier principal bénéficiaire du cautionnement. Puisqu'elle devient le créancier et la sous-caution traitée comme la caution, leur relation peut donc se voir appliquer les règles du droit du cautionnement<sup>1332</sup>, avec toutefois quelques réserves. « L'engagement de la sous-caution est accessoire à l'obligation éventuelle de remboursement du débiteur principal envers la caution de premier rang qui a, au préalable, réglé la dette au créancier »<sup>1333</sup>. Dans ce contexte, la protection que procure le sous-cautionnement à la caution implique que la sous-caution ait contre elle des moyens de défense. Cette dernière pourra se prévaloir par exemple du fameux bénéfice de subrogation de l'article 2314 C.civ. . Cela suppose dans ce cas que ladite sous-caution ait été privée de son recours subrogatoire contre le débiteur principal par « un fait du créancier » en l'occurrence ici la caution. En effet, ayant négligé d'exercer les droits ou sûretés couvrant son recours contre le débiteur principal, la caution a causé un préjudice à la sous-caution qui peut prétendre à être déchargée de son engagement<sup>1334</sup>.

La sous-caution peut en outre invoquer une faute de la caution de premier rang qui a payé à tort le créancier. C'est le cas si cette dernière omet par exemple d'invoquer la nullité de l'obligation principale, si elle n'a pas recherché la responsabilité du créancier alors qu'il a accordé un crédit injustifié au débiteur principal, si elle ne poursuit pas ledit créancier qui ne l'a pas informé<sup>1335</sup> .... En d'autres termes, il appartient à la caution d'être vigilante en veillant à bien user des différentes protections qui lui sont reconnues dans ses rapports avec le créancier principal si elle ne veut pas que la sous-caution ne lui reproche son inertie.

Néanmoins, dans la mesure où la sous-caution est un tiers au cautionnement, elle ne peut opposer à la caution contre-garantie les exceptions tirées du rapport principal entre le créancier et le débiteur, comme par exemple une exception de compensation. Et pour cause, la sous-caution ne garantit pas la dette principale, mais bien la créance de la caution envers le débiteur principal. Toutefois, si elle ne peut soulever lesdites exceptions qui ne sont donc

---

<sup>1330</sup>P-Y. Ardoy, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>1331</sup>Ch. Mouly, « Les recours anticipés de la caution contre la sous-caution », JCP 1980. I. 2985 ; voir aussi Cass.com. , 12 juin 2001, JCP G, IV, 2498 ; Banque et droit, juillet-août 2001, p.42, note F. Jacob.

<sup>1332</sup>D. Legeais, droit des sûretés, op.cit. .

<sup>1333</sup>Ch. Albiges, M-P. Dumont-Lefrand, Droit des sûretés, op.cit. , voir référence de l'arrêt Cass.com. 13 septembre 2011, n°10-21370, Gaz. Pal. 22 décembre 2011, p.19, note M.P. Dumont-Lefrand.

<sup>1334</sup>Par exemple la sous-caution peut opposer à la caution le défaut de déclaration de sa créance dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur principal : exemple Cass.com. 30 mars 2005, RD bancaire et fin., mai-juin 2005, p.87, note D. Legeais ; JCP E 2006, 1753, n°7, note Ph. Simler ; Cass.com. 11 février 2004, JCP G 2004, I, 188 ; n°9, obs. Ph. Simler.

<sup>1335</sup>Dans une telle hypothèse, la caution ne pourrait réclamer le paiement des intérêts : Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 2004, JCP E 2005, 179, n°5, obs. Ph. Simler.

susceptibles d'être invoquées que par la caution, la sous-caution a l'opportunité de préserver ses intérêts en recherchant la responsabilité de la caution qui n'aurait pas fait valoir de telles exceptions lorsque le créancier principal l'a actionné en paiement<sup>1336</sup>. Cette solution s'inscrit dans le mouvement solidariste que la Haute juridiction entend développer dans les rapports contractuels<sup>1337</sup>.

Malheureusement pour la sous-caution, certaines dispositions consuméristes, protectrices de la caution, ne lui sont pas étendues. On considère qu'elle n'est pas en relation avec un créancier professionnel<sup>1338</sup>. Ainsi par exemple, la caution n'est pas dans l'obligation d'informer la sous-caution<sup>1339</sup>.

Mais, dès lors qu'elle a désintéressé la caution, la sous-caution dispose elle aussi des deux recours contre le débiteur principal, à savoir un recours personnel et un recours subrogatoire.

Le sous-cautionnement est de plus en plus utilisé. Constatant cette évolution, « le Groupe Grimaldi » avait d'ailleurs proposé de faire entrer ce mécanisme dans le code civil sous la définition suivante : « Le sous-cautionnement est l'engagement par lequel une personne s'oblige envers la caution à payer ce que peut lui devoir le débiteur à raison du cautionnement »<sup>1340</sup>. L'appel n'a malheureusement pas été entendu. Or, greffé au cautionnement, ce montage rassure la caution qui s'engage pour autrui qui se sent ainsi davantage protégée contre l'éventuelle insolvabilité du débiteur principal. De fait, le recours à une sous-caution a en quelque sorte pour effet positif de servir le cautionnement en incitant le plus grand nombre à cautionner un tiers, même si l'efficacité d'une telle contre-garantie est limitée par les faveurs accordées à la sous-caution. Qu'en est-il de la certification de caution ? (B).

## **B) LE RECOURS A LA CERTIFICATION DE CAUTION**

La certification de caution est un montage contractuel complètement différent du sous-cautionnement<sup>1341</sup>. Prévu à l'article 2291 al.2 du Code civil qui énonce la possibilité de se rendre caution « non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné ». Cette disposition vient surtout améliorer la position du créancier. Craignant l'insolvabilité du débiteur principal, ce dernier a demandé en guise de garantie un cautionnement. Mais ses craintes vont s'étendre à l'éventuel risque que la caution soit elle aussi défaillante. Alors, pour pallier à cela, ledit créancier va faire garantir l'engagement de la caution par un certificateur.

---

<sup>1336</sup>Cass.com. 27 mai 2008, préc.

<sup>1337</sup>N. Martial-Braz, « Aux armes sous-cautions », RLDC juillet-août 2008, p.29 et svt. ; P. Crocq, sous Cass.com. 27 mai 2008, RTDciv. 2008, p.517.

<sup>1338</sup>P.Y. Ardoy, op. cit.

<sup>1339</sup>Ex. Cass.com. 3 décembre 2003, RD. bancaire et fin. , mars-avril 2004, 61, note D. Legeais ; Banque et droit mars-avril 2004, p.61, obs . T. Bonneau ; D. Affaires 2004, 206, note V.A. Robardet.

<sup>1340</sup>Rapport article 2297.

<sup>1341</sup>Pour une distinction : C. Houin-Bressand, « Les contre-garanties », préf. H. Synvet, Dalloz 2006, coll. Nouvelle bibl. de thèses, n°47, p.43-44.

En effet, puisque toutes formes d'obligations sont susceptibles d'être cautionnées, il est tout à fait possible que la dette garantie par la caution soit elle-même une obligation de caution. Le certificateur se rend ainsi « caution d'une caution »<sup>1342</sup>.

Le schéma de la certification ressemble à celui du cautionnement, à ceci près que dans ce cadre, la caution devient le débiteur, le certificateur la caution, le créancier quant à lui ne change pas de rôle et demeure créancier<sup>1343</sup>. « Cette figure contractuelle qui n'est autre que le cautionnement de la dette de la caution »<sup>1344</sup>, obéit donc aux règles de la sûreté personnelle.

Cela suppose que l'engagement de la caution garantie soit valable pour que celui du certificateur le soit aussi. En outre, puisque « c'est bien l'obligation accessoire de la caution qui est garantie par un nouvel engagement accessoire, et non la dette du débiteur principal »<sup>1345</sup>, l'étendue de l'engagement du certificateur de caution doit donc se mesurer par rapport à l'obligation de la caution<sup>1346</sup>. En conséquence, si le certificateur de caution a payé le créancier, ne peut agir contre le débiteur principal, faute de lien avec l'obligation principale. Son recours ne peut être dirigé que vers la caution qui pourra à son tour intenter une action contre le débiteur principal pour espérer un remboursement.

De la même manière qu'il ne peut soulever les exceptions attachées au débiteur principal<sup>1347</sup>, le certificateur peut néanmoins exercer un recours subrogatoire en se fondant sur l'article 1251 du Code civil aussi bien à l'encontre de la caution que du débiteur principal.

En fin de compte, la certification de caution ne sert que les intérêts du créancier, qui est bien souvent une banque, en renforçant « la force du cautionnement »<sup>1348</sup>. Pour la caution de premier rang, le seul avantage qu'elle pourrait peut-être tirer de cette contre-garantie est que le créancier poursuive directement le certificateur sans faire appel à elle au préalable. Aussi, dans la pratique, la certification de caution est relativement rare.

Stratégiquement, du côté du créancier, il est nettement plus judicieux pour lui de recourir à plusieurs cautions, de préférence solidaires. Il augmenterait ainsi ses chances de paiement. Pour la caution aussi, la présence de cofidéjusseurs lui confère une position beaucoup plus profitable que celle qu'elle occupe dans la certification de caution<sup>1349</sup>.

---

<sup>1342</sup>B. Saintourens, « Certificateurs de caution et sous-cautions : les oubliés des réformes du droit du cautionnement », Mélanges M. Cabrillac, p.397.

<sup>1343</sup>Pour des schémas explicatifs : P.Y. Ardoy, Droit des sûretés, op.cit. ; G. Piette, Droit de sûretés, op. cit. .

<sup>1344</sup>G. Mégret, Les recours du garant, op.cit.

<sup>1345</sup>Ph. Simler et Ph. Delebecque, Les sûretés, La publicité foncière, op.cit. .

<sup>1346</sup>Ch. Albiges, M.P. Dumont-Lefrand, Droit des sûretés, op.cit. ; D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, op.cit. ; L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, op.cit.

<sup>1347</sup>D. Legeais, Sûretés et garanties, préc. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droit des sûretés, op.cit.

<sup>1348</sup>D. Legeais, préc.

<sup>1349</sup>B.Saintourens, « Certificateurs de caution et sous-cautions : les oubliés des réformes du droit du cautionnement », Mélanges M. Cabrillac, p.397.

### **Conclusion sur les recours dont dispose la caution**

« Le recours du garant dénoue l'opération de crédit. Il dévoile quelle fut l'intention des parties au moment de la conclusion du contrat »<sup>1350</sup>. Lorsqu'elle s'est engagée, la caution a exprimé sa volonté de garantir la dette du débiteur principal et non d'en supporter le poids définitif. De fait, lorsqu'elle a été actionnée par le créancier et qu'elle a satisfait intégralement, il est tout à fait logique que le déséquilibre provoqué par son paiement soit corrigé<sup>1351</sup> par les recours qu'elle pourra exercer contre le débiteur principal libéré de la pression du créancier.

De même, la justice appelle les autres garants de cette même dette à jouer leur rôle en évitant que la caution solvens soit seule à voir son patrimoine amputé de la sorte. Aussi, l'utilité que procurent ces différentes protections, puisant leur essence dans l'équité, est indéniable. Reste à la caution à en faire bon usage !

---

<sup>1350</sup>G. Mégret, Les recours du garant, op.cit. .

<sup>1351</sup>C. Houin-Bressand, « Les contre-garanties », op.cit. ; G. Mégret, préc.

## **CONCLUSION GENERALE**

Difficile au terme de cette étude dédiée à la protection de la caution d'être totalement serein. En effet, si le passé de la sûreté personnelle qu'est le cautionnement n'a jamais été des plus simples, son présent demeure imparfait. Quant à son futur, il est à mettre au conditionnel.

Et pour cause, l'avenir du cautionnement est loin d'avoir un tracé rectiligne. Il s'apparente beaucoup plus à un chemin de crête sinueux qui doit constamment tenter de trouver un équilibre entre l'efficacité fondamentale de la sûreté et la protection de la caution. Un savant dosage entre justice, équité et raison dans le contrat est nécessaire.

La facilité de jugement conduirait naturellement à faire du créancier le bouc émissaire de tous les maux de la caution. Un tel raisonnement ne peut tenir et ne serait véritablement pas porteur de progrès. Toutefois, au créancier qui s'inquiète, d'ailleurs à juste titre, des nombreux obstacles qui se dressent devant lui dans le cautionnement, il faut rappeler que la vision individualiste où les créanciers tout puissants aménageaient à leur guise le contenu du contrat appartient au passé<sup>1352</sup>. Le cautionnement n'est plus l'affaire des seules parties à la convention. Il intéresse désormais le législateur et la jurisprudence qui viennent poser leurs empreintes en contraignant le créancier à exercer de manière diligente ses droits contre la caution exposée aux dangers du cautionnement<sup>1353</sup>.

C'est ainsi que toutes les phases du cautionnement vont être concernées par l'avènement d'un « solidarisme contractuel », mouvement contemporain qui va pousser à l'instauration d'une certaine « déontologie contractuelle » de nature à changer le comportement des créanciers<sup>1354</sup>. De la formation du contrat de cautionnement à son exécution, les manifestations législatives et prétoriennes, protectrices des intérêts de la caution vont venir bouleverser les règles

---

<sup>1352</sup>Ch. Mouly, « L'abus de la caution », RJC 1982 ; J. Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », Mélanges Raynaud, p.439 et svt. ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTDciv. 1997, p.357 ; du même auteur, « L'abus de droit dans les contrats », Cah. Dr. Entr. 1998.

<sup>1353</sup>P. Sargos, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », in Rapport de la Cour de cassation, 1986, La documentation française, 1987, p.33 : « Ce n'est pas être de bonne foi, ce n'est pas être loyal, que de faire ou de laisser s'engager une caution sans l'informer très exactement ».

<sup>1354</sup>D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », L'avenir du droit, Mélanges Terré, Dalloz, 1999, p.603.



originelles du contrat unilatéral, au point où l'on s'est même demandé s'il ne s'était pas bilatéralisé. Le doute dissipé sur ce point<sup>1355</sup>, ces protections que sont l'information, le devoir de mise ne garde, devoir de conseil, principe de proportionnalité, formalisme, sans oublier les divers recours, moyens de défense dont dispose la caution, soulèvent tout de même certaines inquiétudes. S'il est indéniable qu'on ne peut laisser la caution seule face aux méandres de son engagement, il convient de penser, d'organiser une protection raisonnée et raisonnable. Nous savons que trop, et l'histoire est là pour nous le remémorer, qu'une protection excessive peut avoir de lourdes conséquences<sup>1356</sup>. La crise qu'a traversée le cautionnement il y a quelques années témoigne des méfaits d'une telle évolution. Présentée jadis comme « la panacée des créanciers », la sûreté inspire désormais leur méfiance. Devenue imprévisible<sup>1357</sup>, elle heurte la force obligatoire du contrat, la parole donnée et contraint ainsi la pratique à s'en détourner pour des garanties dites plus sûres.

Mais le cautionnement n'est pas mort ! Sa réhabilitation est en marche. Il faut dire que le cautionnement est probablement la sûreté la plus connue des français. Simple d'utilisation au faible coût, il s'est popularisé au risque de s'être banalisé. Il s'adapte très bien à de nombreuses opérations de la vie quotidienne, que ce soit pour les particuliers ou les professionnels. Allié incontournable du crédit<sup>1358</sup>, il devient très utile, d'où l'intérêt que lui porte certainement le législateur. Néanmoins, pour retrouver des couleurs, celles qui lui permettront de regagner le cœur des créanciers et reprendre sa place de leader dans le royaume des sûretés, beaucoup reste à faire.

Tout d'abord, il faut redonner de la visibilité, de la fluidité à la matière. L'organisation actuelle du cautionnement est extrêmement complexe. Il y a trop de textes dispersés dans divers codes. Un véritable « labyrinthe »<sup>1359</sup>. Il devient dès lors moins accessible, surtout pour les créanciers notamment non-professionnels à qui on demande pourtant d'énormes efforts. Tout au long de nos développements, des propositions ont été faites pour redonner de la

---

<sup>1355</sup> M. Sejean, op.cit.

<sup>1356</sup> Souvenons-nous de l'exemple du cautionnement en droit Suisse. La réforme opérée en 1941 dans le sens d'un renforcement de la protection de la caution a conduit à sa mise à mort. La pratique s'était alors jouée de ce dernier en développant des alternatives, des substituts répondant davantage aux attentes de créanciers toujours plus exigeants et en quête d'une sûreté efficace. quoi de plus naturel : M. Bourassin, « L'efficacité des garanties personnelles », LGDJ, 2006, préf. M.N. Jobart-Bachelier.

<sup>1357</sup> D. Legeais, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », Mélanges Guyon, Dalloz, 2003, p.657.

<sup>1358</sup> L-M. Martin, « Sûretés traquées-crédit détraqué », Banque et droit, 1975, 11335.

<sup>1359</sup> P. Crocq, « Les développements récents de l'obligation de la caution », Mélanges M. Cabrillac, p.349.

cohérence à l'ensemble<sup>1360</sup>, d'adapter les mesures de protection de la caution en abrogeant certains textes devenus inutiles par l'effet d'autres dispositions plus générales. De la même manière, en refaisant du Code civil le siège « central » du cautionnement où seraient regroupées les différentes règles le concernant, il gagnerait certainement en effectivité.

En outre, pour que la protection soit efficace et n'affecte pas trop la sécurité juridique à laquelle toute bonne sûreté doit répondre, il faut cibler les cautions qui ont vraiment besoin d'être protégées. Cela suppose donc de mettre en place « une protection des cautions sélective et correctement dosée »<sup>1361</sup>. Cette « juste mesure » n'est certes pas évidente à trouver<sup>1362</sup>. Mais les efforts déployés par la jurisprudence depuis 2001 en ce sens sont très encourageants. De fait, une réforme profonde du cautionnement est devenue nécessaire<sup>1363</sup>. En différant la réforme de la Commission Grimaldi qui proposait une refonte complète du cautionnement dans laquelle intérêts de la caution et ceux du créancier étaient conciliés, le législateur a laissé échapper une belle occasion de réduire le contentieux que génère la matière<sup>1364</sup>. Le simple changement de numérotation des articles du Code civil n'est évidemment pas suffisant. Le législateur par son immobilisme ne doit pas se rendre coupable d'« inertie intellectuelle ». Ce qu'il faut, c'est une réforme de fond qui viendrait harmoniser et surtout simplifier les règles qui régissent la sûreté personnelle et qui ainsi contribuerait à restaurer son efficacité<sup>1365</sup>. Il doit impérativement adapter les lois aux réalités économique et sociale qui entourent le cautionnement ; sans quoi, « la reine des sûretés » risque bien de ne pas survivre à la concurrence que lui font les autres garanties, à l'image de la garantie autonome qui lui fait déjà beaucoup d'ombre<sup>1366</sup>.

---

<sup>1360</sup> Sur le besoin de cohérence : D. Houtcieff, « Le principe de cohérence en matière contractuelle », Thèse Aix-Marseille, 2000.

<sup>1361</sup> D. Legeais, sûretés et garanties du crédit, op. cit.

<sup>1362</sup> D. Legeais, préc.

<sup>1363</sup> Dossier, « Quelle protection pour la caution ? », sous la direction de D. Legeais, RD bancaire et fin. Septembre-octobre 2012, p.61 ; M. Mekki, « La protection de la caution, propos conclusifs », p.89 ; D. Legeais, « Perspectives d'évolution du cautionnement », Dr. et patr. octobre 2008, p.46 ; P. Ancel, droit des sûretés, op.cit.

<sup>1364</sup> D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », Mélanges Ph. Simler, Dalloz-Litec, 2006, p.367 ; C. Lazarus, « La réforme des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 et le droit de la consommation, entre occasions manquées et fausses bonnes idées », LPA 13 août 2007, p.3 ; Ph. Simler, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles », Présentation de la réforme des sûretés personnelles, Dr. et patr. septembre 2005, p.55 ; F. Buy, « Recodifier le droit du cautionnement », RLDC juillet-août 2005, p.27 ; Ph. Simler, « Une réforme à venir : la réforme du cautionnement » in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes, dir. Y. Picod et P. Crocq, Editions juridiques et techniques 2006, p.41.

<sup>1365</sup> P. Ancel, préc.

<sup>1366</sup> Ph. Simler, « Les solutions de substitution au cautionnement », JCP E 1990. II. 15659 ; également Dossier, « Quelle protection pour la caution ? », sous la direction de D. Legeais, op.cit.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **OUVRAGES GENERAUX :**

- C. Albiges, M-P. Dumont-Lefrand , Droit des sûretés , Dalloz , coll. « hypercours » , 4è. éd. 2013.
- P. Ancel , Droit des sûretés , LexisNexis , coll. « Objectif droit » , 7è. éd. , 2014 .
- P.Y. Ardoy , Fiches de droit des sûretés : rappels de cours et exercices corrigés , Ellipses , 2013 .
- L. Aynès , P. Malaurie , P. Crocq , Droit civil : les sûretés , la publicité foncière , LGDJ , 8è. éd. , 2014 .
- A. Bénabent , Droit civil , Les obligations , Domat-Montchrestien , 13è éd. , 2012 .
- T. Bonneau , Cautionnement et dirigeants sociaux , éd. Francis Lefebvre , 2014 .
- J. Bonnard, Droit des entreprises en difficulté, Hachette, 6è éd. , 2014.
- M. Cabrillac , Droit des obligations , Dalloz , coll. « Cours » , 10è. éd. , 2012 .
- R. Cabrillac , Introduction générale au droit , Dalloz , 10è. éd. , 2013 .
- R. Cabrillac , Dictionnaire du vocabulaire juridique , LexisNexis , 6è. éd. , 2014 .
- J. Carbonnier , Droit civil , Vol.2 , Les obligations , PUF , coll. « Quadrige » , 2004 .
- M.L.Coquelet, Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, coll. « Hypercours », Dalloz, 5è. éd., 2013.
- G. Cornu , Vocabulaire juridique , PUF , 10è. éd. , 2014 .
- M. Fabre-Magnan , Droit civil , Les obligations , Tome 1 , PUF , coll. « « Thémis » , 3è. éd. 2013 .
- B. Fages , Droit des obligations , LGDJ , Lextensoéditions , 4è. éd. , 2013 .
- F. Ferrière , V. Avena-Robardet , Surendettement des particuliers 2012/2013 , Dalloz , 4è. éd. 2012 .
- J. Flour , J-L. Aubert et E. Savaux , Droit civil , Les obligations : le rapport d'obligation , Vol. 3 , 7è. éd. 2011.
- L. Garrido , Le droit à la sûreté , Cujas , coll. « Actes et Etudes » , 2012 .
- G. Goubeaux , P. Voirin , Droit civil , Personnes , famille , personnes protégées , biens , obligations , sûretés , Tome 1 , LGDJ , coll. « Manuels » , 34è éd. , 2013 .
- S. Guinchard , T. Debard , Lexique des termes juridiques 2014-2015 , Dalloz , 22è. éd. , 2014 .
- M.N. Jobard-Bachelier , V. Brémond , M. Bourassin , Droit des sûretés , Sirey , coll. « LMD » , 4è. éd. 2014 .
- A. Jaquemont, Droit des entreprises en difficulté, Litec, coll. « Manuels », 8è. éd., 2013.
- D. Legeais , Droit des sûretés et garanties du crédit , LGDJ , coll. « Manuels » , 8è. éd. 2013 .
- D. Legeais , Travaux dirigés de droit des sûretés , Litec , coll. « Objectif droit LMD » , 5è. éd. , 2011 .
- C. Le Gallou , droit des sûretés et droit des procédures collectives , Larcier Eds , coll. « Metiers du droit » , 2012.
- Ph. Malaurie , L. Aynès , Droit civil : les obligations , LGDJ , 6è. éd. , 2013 .

- Ph. Malinvaud et D. Fenouillet , M. Mekki , Droit civil , Les obligations , Litec , 13è. éd. 2014 .
- G. Piette , Droit des sûretés , Gualino , Fac-Universités , 8è. éd. 2014 .
- S. Porchy-Simon , Droit civil – Les obligations , Dalloz , coll. « hypercours » , 7è. éd. 2012 .
- T. Revet, Cours de civil, Sûretés personnelles, coll. « Droit fondamental », PUF, 2013.
- C. Renault-Brahinsky , Droit des obligations , Gualino , coll. « Mémentos LMD » , 11è. éd. 2014.
- J.F. Riffard , Droit des sûretés , Lexifac droit , 3è. éd. , 2014 .
- C. Saint-Alary-Houin , Droit des entreprises en difficulté , LGDJ , coll. « Domat droit privé » , 9è. éd. , 2014 .
- J.B. Seube , Droit des sûretés , Dalloz , 7è. éd. , 2014 .
- P. Simler , Ph. Delebecque , Droit civil , Les sûretés , La publicité foncière , Dalloz , coll. « Précis Dalloz droit privé » , 6è. éd. , 2012 .
- P. Simler , Cautionnement , garanties autonomes , garanties indemnitaires , Litec , 4è. éd. , 2010 .
- F. Terré , Ph. Simler , Y. Lequette , Les obligations , Dalloz , coll. « Précis » , 11è. éd. 2013 .
- J.C. Woog , S. Woog , M.C. Sari , Stratégie contentieuse du créancier , 2è. éd. 2006.
- F. Zenati-Castaing , Cours de droit civil : sûretés personnelles , PUF , coll. « Droit fondamental civil » , 2013 .
- Collectif, OHADA, Droit des sûretés, Lamy , coll. « Axe Droit » , 2012 .
- Collectif, Code civil 2015, Dalloz, 114è. éd., 2014.

### **THESES , MEMOIRES, OUVRAGES SPECIAUX :**

- C. André, Le fait du créancier contractuel, Thèse Paris I, préf. G. Viney, LGDJ, Bibl. de dr. privé, T.356, 2002.
- F. Arbellot , Les relations entre la sûreté personnelle , le rapport de base en droit français , Thèse Poitiers , 1997 .
- C. Atias, « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », in Mélanges M. Cabrillac, p.339.
- M. Bacache-Gibeili , La relativité des conventions et les groupes de contrats, LGDJ, 1996.
- J. Bastin , Le paiement de la dette d'autrui , LGDJ , 1999.
- D. Berthiau, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, LGDJ, 1999.
- F. Bertrand, L'opposabilité du contrat aux tiers, Thèse, Paris, 1979.
- F. Boucard, Les obligations d'information et de conseil du banquier, Thèse Paris, 2001.
- M. Bourassin , L'efficacité des garanties personnelles , Tome 456 , LGDJ , Thèse bibliothèque de droit privé , préf. M.N. Jobard-Bachelier et V. Brémond , 2006 .
- S. Bros, L'interdépendance contractuelle, Thèse, Paris 2, 2001.

- A.S. Cadart, Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires , Mémoire de DEA droit privé , Université du droit et de la santé , Lille 2 , 1998 .
- C. Cardini et G. Xavier-Bourin, Droit du surendettement des particuliers, Litec 2012.
- E. Casimir, « Fusion et cautionnement », Mémoire, Univ. Paris II, Panthéon-Assas, 2006 .
- Cerles et M. Sejean, « Le cautionnement du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », in Etudes offertes au Doyen Ph. Simler, Dalloz-Litec, 2006, p.276.
- P. Chauvel, « Cautionnement et réticence du banquier », in Mélanges J. Stoufflet, LGDJ, 2001, p.33.
- D. Chedeville, La liaison entre contrats, Paris 2, 1977.
- P. Crocq , « Les développements récents de l'obligation d'information », in Mélanges, M. Cabrillac, Dalloz, 1999, p.349; « Sûretés et proportionnalité » , in Mélanges Simler , Dalloz-Litec , 2006 , p.291; « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement » , Mélanges Malaurie , Defrénois , 2005 , p.171 .
- O. Depret, La protection du consommateur contre la domination du professionnel en matière contractuelle, Thèse, Rouen, 1992.
- P. Dubois, Le solidarisme, Thèse, Lille 2, 1985.
- Ph. Dupichot , Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés , PU , Panthéon-Assas 2005 .
- M. Fabre-Magnan, De l'obligation dans les contrats, LGDJ, 1992.
- B. Fages, Le comportement du contractant, Thèse Aix-en-Provence, 1996, PUAM, 1997.
- L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, LGDJ, 2002.
- M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels » , in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels-comparaisons franco-belges , sous la dir. de J. Ghestin et M. Fontaine , Coll. Bibliothèque de droit privé , LGDJ , Paris 1996 , p.616 , n°2 .
- V. Forray , Le consensualisme dans la théorie générale du contrat , Thèse Chambéry , 2007 .
- M.A. Frison-Roche, « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », in Mélanges A. Honorat, p.113.
- B. Galopin , Les rapports de la caution et du débiteur cautionné , Mémoire de DEA droit privé , Université de Paris , Panthéon-Sorbonne , 2002 .
- M-E. Gharbi, L'obligation d'information dans les contrats , Thèse Paris-Val de Marne, 1994.
- A. Ghozi, La modification de l'obligation par la volonté des parties, Thèse, Paris, préf. D. Tallon, LGDJ, 1980.
- G. Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé, Thèse, Nancy, LGDJ, 1969.
- D. Grimaud , Le caractère accessoire du cautionnement , PUAM , 2001 , préf. D. Legeais .
- J-L Halpérin, L'impossible Code civil, PUF, 1992.
- L. Hervé, Cautionnement, solidarité, Indivisibilité, Etude comparée, Thèse 1940, Université Bordeaux.
- C. Houin-Bressand, Les contre-garanties , Dalloz, 2006 , préf. H. Synvet, p.338; « La caution en difficulté », in Mélanges D. Tricot, 2011.

- D. Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle , Thèse Aix-Marseille, 2000.
- F. Jacob, Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie, Thèse, Strasbourg, 1995, préf. Ph. Simler, LGDJ, 1998.
- Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001.
- B. Jarrosson, « Décider ou ne pas décider ?, Réflexion sur les processus de la décision », Maxima éditeur, Presses universitaires de France, Paris 2000.
- A.C. Kouakou, « La portée du caractère accessoire du cautionnement », Thèse , Nice, 1985.
- G. Lardeux, « Formalisme légal contre pouvoir judiciaire d'appréciation » ; RDC2006 , p.749.
- C. Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes, Thèse, Bordeaux, 1968.
- V. Lasbordes , Les contrats déséquilibrés , Tome II , PU d'Aix-Marseille , 2000 .
- F. Leborgne, L'action en responsabilité dans les groupes de contrats, étude de droit interne et de droit international privé, Thèse, Rennes I, 1995.
- H. Lecuyer, « Le contrat, acte de prévision », in Mélanges Terré, 1999, p.643.
- P.M. Le Corre , Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises , Tome II , PU- d'Aix-Marseille , 2000 .
- D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in Mélanges Simler, Litec-Dalloz, 2006, p.367; « La caution dirigeante, » in Mélanges, B. Bouloc, 2006, p.605.
- S. Legac-Pech , « La proportionnalité en droit privé des contrats » , préf. H. Muir-Watt , LGDJ , Bibl. dr. priv. , T.335 , 2000.
- Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », Mélanges Calais-Auloy, Dalloz 2002, P.597.
- F.I. Lévy, L'égalité contractuelle, Thèse, Paris-Cujas, 1994.
- O. Litty, Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels, LGDJ, 1999.
- G. Loiseau et J. Djoudi, « De la fonction de la mention manuscrite », Dossier « Pratique du cautionnement et protection du consommateur », RD. bancaire et financier, n°4-juillet-août 2003, p.256.
- D. Majdanski, « La signature et les mentions manuscrites dans les contrats », Presses universitaires de Bordeaux.
- C. Malecki, L'exception d'inexécution, Thèse, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.
- M.L. Martin, L'information de la caution-aspects du droit privé en fin du Xxème siècle, Mélanges, M. Juglart, LGDJ, 1986, p.155; « Sûretés traquées-crédit détraqué », Banque et droit, 1975, 11335.
- Matet, Le rôle de la caution, analyse de droit et de sociologie, Thèse Paris II, 1978.
- F. Maume, « Le cautionnement, souvenir d'un contrat consensuel », Mémoire de Master I, Droit des sûretés, sous la dir. de D. Houtcieff , 2009-2010 , Univ. d'Evry-Val-d'Essonne.
- K. Mawunyo , Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives , Thèse , 2008 , sous la dir. de A. Santos, Cotutelle Univ. de Lome et du Maine : <http://cyberdoc.univ-lemens.fr/theses/2008>.

- D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », L'avenir du droit, in Mélanges Terré, Dalloz, 1999, p.603.
- P. Mazière, Le principe d'égalité en droit privé, Thèse, Paris 2, 1997.
- G. Mégret, Les recours du garant, contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne, Thèse, Aix-Marseille, préf. Ph. Stoffel-Munck, 2011.
- J. Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p.439.
- J. Mestre, La subrogation personnelle, Thèse, Aix-Marseille, préf. de P. Kayser, LGDJ, 1979.
- A. Mottet, La caution personne physique, Thèse, Chambéry, 2005.
- C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, Thèse, Montpellier, Litec, 1979.
- J. Ngafaounain, Les mécanismes de protection de la caution, Thèse, Orléans, préf. Théry, 1993.
- J. Néret, Le sous-contrat, Thèse, Paris, préf. P. Catala, LGDJ, 1979.
- M. Nicod, Le formalisme en droit des libéralités, Thèse Paris XII, 2000.
- B. Oppetit, « L'endettement et le droit », in Mélanges A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991, p.295.
- S. Pellé, La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats, Thèse, Paris 2, 2005.
- Y. Picod, « Evolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », in Mélanges Ph. Simler, Litec-Dalloz; « Proportionnalité et cautionnement », in Mélanges offerts à J. Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 849; « La remise de dette en droit privé », Vol. 128, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2013.
- Plas, La signature, Condition de forme et manifestation de volonté, Thèse Poitiers, 1935.
- P. Rebibou, Le cautionnement consenti par une personne mariée, Thèse, Univ. De Nice, 1996.
- A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Thèse, Strasbourg, 1958, LGDJ, 1961.
- G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 1949.
- F. Rizzo, Le traitement juridique de l'endettement, Thèse, Montpellier, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996.
- G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse Paris, 1965.
- B. Saintourens, « Certificateurs de caution et sous-cautions : les oubliés des réformes du droit du cautionnement », Mélanges M. Cabrillac, p.397.
- P.A. Sigalas, Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire, Thèse, Aix, 1959.
- M. Séjean, La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier, LGDJ, coll. « Thèses, bibliothèque de droit privé », T.528, 2011.
- Ph. Simler, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire? », in Mélanges G. Goubeaux, Dalloz- LGDJ, 2009, p.497.
- Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, préf. R. Bout, LGDJ, 2000.

- C. Tartari, De la fidéjussion en droit romain, Du cautionnement en droit français, Thèse Grenoble, 1875.
- B. Teyssié, Les groupes de contrats, LGDJ, 1975, préf. J.M. Mousseron.
- R.Thisse, L'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité, Thèse Montpellier, 1895.
- Thunis, « L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale », Mélanges Cabrillac , p313.
- G. Venandet, L'intégrité du consentement, Thèse Nancy, 1976.
- J. Vézian, La responsabilité du banquier en droit privé français, préf. M. Cabrillac, Librairies Techniques, 3èd. 1983.
- S.Yansounou, La responsabilité civile du créancier professionnel en matière de sûretés , Mémoire Master II, Droit privé 2005.

### **ARTICLES , CHRONIQUES :**

- Ch. Albiges, « Le mandat de se porter caution », Dalloz 2002, P.707; « Formalisme du contrat de cautionnement : une confirmation et une précision », RLDA 2011 , n°61 , p.27;« L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution » , D.2004 , p.1 , spéc. n°20-21.
- P. Ancel, « Le cautionnement, Regards croisés », Université-Notariat, Dr. et patr. juillet-août 2008, p.45 ; « Projet de réforme du droit des sûretés », RDC. 2005. 782 ; « Effets d'un cautionnement donné par un époux après la dissolution de la communauté », RD. bancaire et bourse 1988, p.10;« Le surendettement des particuliers (après la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions) - Rapport de synthèse », in Petites Affiches n°101 , 21 mai 1999 , p.50 à 56 .
- D. Arlie, « La négligence du prêteur, la règle de l'accessoire attachée au cautionnement et la libération de la caution », LPA, 30 octobre 2001, p.3; « La responsabilité du banquier : une voie étroite de libération pour la caution » , Les Petites Affiches , 24 sept. 2002 , p.4 .
- C. Atias , « Propos sur l'article L341-4 du Code de la consommation : l'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable » , D.2003 , p.2620.
- B. Aubert, « Les modifications apportées au droit du cautionnement par la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », Rev. Proc. Coll., n°2/3, juin 1999 , p.82.
- V. Avena-Robardet, « Réforme inopinée du cautionnement » , D.2003 , p. 2083.
- L. Aynès, « Le droit des sûretés en 2002 », Droit et patr. mars 2003, n°113, p.70; « Le cautionnement excessif , application dans le temps de la sanction légale » , RLDA nov. 2006, p.51; « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil » , Dr. et Patr. , nov. 2003, p.29.
- L. Aynès et P. Delebecque, « Le contentieux actuel du cautionnement » , Les éditions du Cridon , coll. Conférences , 1998 , « retranscription des actes du colloque organisé par le Cridon le 15 janvier 1997 » , p;8-9.



- A.S. Barthez, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution » ; RDC 2008, n°2, p.587.
- E. Bazin, « Sanction du formalisme informatif : nullité du cautionnement », JCPG 2006 , II, 10131.
- C. Berger, « Le sort de la caution en cas de cession de contrat dans le cadre d'une procédure collective », D.2003, 1632.
- Biardeaux et G. Flores, « L'information annuelle de la caution et article 2293C.civ. », D.2007, p.174.
- M. Billam, « Asymétrie d'information », Dalloz 2010, avril, n°17 , p.913.
- C. Boismain, « L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit » , JCP G 2010 , 301.
- F. Boucard, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution », RD bancaire et fin. 2007, p.17.
- Bouix, « Le juge face au formalisme légal , L'exemple du droit du cautionnement », Revue de droit bancaire , Mars-Avril 2013.
- Brocard , « Cautionnement et surendettement », D. Aff.1998, p.318.
- B.Bury, « Observation sur l'exigence d'un consentement libre et éclairé, et le recentrage de l'obligation d'information du banquier » ; RD. banc. et fin. , mai-juin 2007, p.65.
- F. Buy, « Recodifier le droit des sûretés, à propos du rapport sur la réforme du droit des sûretés », RLDC juill-août 2005, p.27 ; Rapport Grimaldi pour une réforme globale du droit des sûretés, Dr. et Patr. sept. 2005, p.49.
- Carbonnier, « Propos introductifs à un colloque sur la transparence », RJcom. 1993, n°spéc, p.9.
- P. Catala, « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », Defrénois, 2008, art. 38866 .
- A. Cerles, « La mention manuscrite du Code de la consommation : une protection de la caution source de contentieux » , RD bancaire et financier , Sept. -oct. 2012 , dossier p.68 .
- Y. Chartier, « L'évolution du droit des sûretés », rapport de synthèse, Rev. jur. Com., février 1982, p.150 ; F. Zenati-Castaing.
- J.P Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle », JCP.I. 1998. p.152 .
- Clément, « Le banquier, vecteur d'informations » , RTDcom.1997 , p.215.
- Collectif, « Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré » , Dossier collectif sous la direction de M. Menjucq : « Un nouveau souffle pour les procédures collectives » , Rev. proc. coll. , mars-avril 2014 , p.34.
- A.Couret, « Expérience confrontée d'évaluation économique des droits de la faillite » , in « Mesurer l'efficacité économique du droit » , LGDJ 2005 , p.35.
- J. Crédot, « Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance -état de la jurisprudence avant la loi nouvelle » , Banque 1990, n° spécial , p.17; « La prévention du surendettement et la réforme du cautionnement » , Loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions , Banque et Droit , n°62 , nov.-déc. 1998 , p.3.

- F. Crédot , P. Bouteiller , « De quel manquement au devoir de mise en garde la caution peut-elle se prévaloir ? » , JCPE 2010, 1785.
- F-J. Crédot et J. Hemmele, « L'obligation d'information annuelle des cautions par les établissements de crédit » , Banque 1984 , p.1023.
- J-F. Crédot et Y. Gérard,« La loi n°98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions » , RD bancaire et bourse 1998 , p.169.
- P. Crocq, « Les bons sentiments ne font pas les bons textes », D.2005.2025 ; P. Crocq et Y. Picod, « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes » , éd. Juridiques et techniques , 2006 ; « Que reste-t-il aujourd'hui de l'exigence de la mention manuscrite ? , RTDciv. 2003, p.122 ; « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés » , D. 2006 , 1306. 11565; « Réforme des procédures collectives et le sort des créanciers munis de sûretés » , Droit et Patr. n°146, mars 2006.
- P-F. Cuif, « Le nouvel article 1387-1 du Code civil : sens et devenir d'un texte contesté », RLDC décembre 2005, p.23.
- A. Daher, « Quelques aspects de l'évolution contemporaine du contrat de cautionnement », Rev. Jur. De l'Ouest, 1992, Vol. 5, p.285.
- R. Damman et G. Podeur , « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 » , D. 2014 .752.
- G. Damy, « Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine », Droit et Patrimoine, n°129, septembre 2004, p. 46.
- J. Daniel , « Le devoir de mise en garde du banquier » , LPA 18 févr. 2008 , p.5.
- Daublon, « Le cautionnement demain », Les Petites Affiches, n° spéc. avril 1986, p.21.
- M. Defossez , « La notion de consommateur » , in Pratique du cautionnement et protection du consommateur , RD bancaire et fin. 2003 , p.247.
- Ph.Delebecque, « Forme et preuve du cautionnement », in aspects contemporains du cautionnement, Cahiers de droit de l'entreprise, 1992/2, p. 5-8 ; « L'opération Glasnot de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou 5 brèves observations sur la jurisprudence », Gaz. Pal. 1988. I. doct. p. 209; « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », D.1990, p.255.
- I. Despres, « De l'inexistence du recours avant paiement entre cofidélisateurs », RLDC.2004, n°10.
- J. Djoudi, « La sanction de l'obligation d'information annuelle de la caution », RD.bancaire et fin. 2007, mai-juin, p.60.
- A. Dumery, « Cautionnement et Code la consommation : d'une ambition protectrice à un éclatement progressif », Revue Lamy Droit civil 2011, n°79 , act. 4127 , p.27.
- PM-. Dumont-Lefrand , « Le dirigeant garant » ; in Journal des sociétés mai 2011, n°87 , p.20.
- Ph. Dupichot, « L'efficience économique du droit des sûretés personnelles », LPA, 14 avril 2010, n°74, p.3.
- T. Favario, « Les contours jurisprudentiels du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti », RD bancaire et fin. 2010, mai-juin, p.22; « De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté » , Rev. proc. coll. , juill-août 2009.

- Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Videcop, éd. 1827, T.1, p.482.
- D. Fenouillet, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution? », RDC 2004, p.304.
- J-M. Fernandez, « L'information annuelle des cautions : une obligation légale universalisée », Les Petites Affiches , 27 février 1998 , n°25 , p.9.
- J. François, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », Dalloz 2001, p.2580.
- M-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement », RTDciv. 1995, p.573;« Rapport de synthèse sur l'échange des consentements », RJcom, préc. p.151.
- D. Garez, « Les vices du consentement de la caution », Gaz. Pal. , mai-juin 2001, p.1044.
- P.Y. Gauthier, « L'inutile et le droit », RTDciv. 1995 , p.797.
- J.Ghestin, « Introduction à l'échange des consentements », RJcom, n°spécial, 1995, p.14 .
- J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle , « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen », Rapport français , in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels , comparaisons franco-belges , sous la dir. de J. Ghestin et M. Fontaine , LGDJ , Bibl. de dr. privé, 1996 , T.261 , n°1 .
- C. Ginestet, « La qualification des sûretés », Defrénois, 1999, p.80.
- A. Gourio,« Le devoir de mise en garde du banquier consacré à son tour par la Chambre commerciale », D.2006 , n°21 , p.1445.
- Grillot et ST. Cène, « Le cautionnement et la garantie des créances nées postérieurement à une fusion de sociétés », Banque et Droit, 9 octobre 1994, p.3.
- J.M. Gueguen, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999, Chron. p.312.
- H. Guyader, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti » : Contrats , conc. Consom. 2008 , étude 5 .
- C. Houin-Bressand, « Cautions, garants et coobligés dans les procédures collectives », Rev. proc. coll. 2006 . 112.
- D. Houtcieff, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », RTDciv. 2006, p.191 ; « Contribution à l'étude de l'intuitu personae, remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », RTD 2003, n°1, p.3; « Retour sur le formalisme de certains cautionnements », RDC-Avril 2005, p.403; , « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi sur l'initiative économique », JCP G 2003 . I. 161 , n°14; « Propos sur un formalisme moderne : les articles L341-2 et L341-3 du Code la consommation », RDC 2004 , p.410 .
- M. Izorche, « Du mandat sans représentation », Dalloz 1999, p.1999.
- C. Jallamion et C. Lisanti, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines », Colloque « Le cautionnement : regards croisés », Université Notariat, Vème rencontre de l'ARNU Nîmes, 7 février 2008, in Droit et patr. n°172, juillet-août 2008, p.46.
- L. Jossierand, « Un ordre juridique nouveau », D.1937, p.43.
- M.N. Jobard-Bachelier et V. Bremond, « De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants », RTDcom. 1999 , 327.

- M. De Juglart, « L'obligation de renseignement dans les contrats », RTDciv. 1945, n°1, p.1.
- Ch. Juillet, « L'évolution contemporaine du « fait du créancier » au sens de l'article 2314 du Code civil », LPA 27 décembre 2007, p.7.
- L. Khov, P. Rossi, M. Lobry, Igelman, A.C. Soulard, « Quelques idées- forces de la réforme du droit des entreprises en difficulté », LPA, 25 juillet 2014, p.7.
- X. Lagarde, « De l'utilité de la théorie de la cause », D. 2007, Chron. p. 740 ; « L'objet et la cause du contrat, entre actualité et principes », LPA 2007, n°70, p.6; « Observation critique sur la renaissance du formalisme », JCP G. I. 170.
- M.H de Laender, « L'exigence de proportionnalité », Dossier, RD bancaire et fin. , n°3, juill. août 2003, p.259.
- J.Lasserre-Capdeville, « Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité », Banque et droit 2007, n°5-6, p.25.
- C.Lazarus, « La réforme des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 et le droit de la consommation, entre occasions manquées et fausses bonnes idées », LPA 13 août 2007, p.3.
- D. Legeais, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », LPA 1997, n°28, p.4; « Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 », JCP 2006, n°spéc.20; « La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », JCPE. 1998, n°44, p.1725; « Devoir de mise en garde d'un établissement de crédit fournisseur de crédit à un particulier », JCP.E.2006, n°23, p.996; « Le renouvellement des principes fondamentaux du droit bancaire. Propos introductifs », RD bancaire et fin. 2013, sept.-oct. , p.64; « Cinquante arrêts pour rien ? » ; RD. bancaire et fin. 2010, mars-avril, repère 2; « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », Petites affiches 30 sept. 1998, n°117, p.1; « La caution dirigeante », D. 2006, p.605; « les concours consentis à une entreprise en difficulté », JCPE 2005, 1510; « L'obligation annuelle d'information de la caution : le revirement de la Cour de cassation », RD bancaire et fin. 2001, n°4, p.251; « Perspectives d'évolution du cautionnement », Dr. et patr. octobre 2008, p.46; Dossier, « Quelle protection pour la caution ? », sous la direction de D. Legeais, RD bancaire et fin. Septembre-octobre 2012, p.61 ; « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit du cautionnement », JCPE. 2003, 1433; « Portée de la réforme du droit des procédures collectives », RD. bancaire et fin. , mai-juin 2014, p.51.
- L. Legouet, « L'incidence des fusions des banques sur les garanties », Banque et Droit, mai-juin 2009, p.19.
- V. Legrand, « La lutte contre le surendettement dans le projet de loi « consommation » », RD bancaire et fin. , juill.-août 2013, p.11.
- J.P. Legros, « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », Dr. sociétés 2014, étude 11.
- Ch. Légevaques, « La loi de sauvegarde et les cautions : au bonheur des cautions ? » ; Rev. proc.coll. 2005, p.296.
- O. Lutun, « L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », RD bancaire et fin. n°4, juillet/août 2003, p.262.
- F. Magnin, « Une page d'écriture pour la caution » ; Petites affiches, 5 octobre 1994, n°119, p.28 et 10 octobre 1994, n°121, p.16.

- Manara , « L'abus par le consommateur de son droit » , LPA , 18 mai 1998 , p.4.
- C. Marie, « Cautionnement. et surendettement: une rencontre à risques »; Rev. Proc. Coll. , déc. 2005, p.348.
- N. Martial-Braz, « Aux armes sous-cautions », RLDC juillet-août 2008, p.29.
- D. Martin, « De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur », Banque et droit, novembre-décembre 1999, p.12 ; « Le Code civil à saute-mouton », D.2005.1577 et 2078.
- N. Mathey, « La portée du devoir de vigilance » , RD bancaire et fin. 2013, p.93; « Le caractère excessif de l'engagement de la caution » , Acte du colloque « Quelle protection pour la caution? » , CEDAG , 24 mai 2012 , RD bancaire et fin. , sept.-oct. 2012, p.77.
- R. Marty, « Cautionnement et comportement du créancier », JCP E 2007, septembre, n°37, p.9.
- D. Mazeaud, « Les vices de la protection du consentement du consommateur », D.2002, n°1, p.72; « La réduction des obligations contractuelles , in « Que reste t-il de l'intangibilité du contrat? » , Colloque Chambéry , Dr. et patr. , mars 1998 , p.61.
- A. Medina, « Formalisme et consentement dans le contrat de cautionnement : évolution de la jurisprudence », D. 2002, chron. p.2787.
- M. Mekki , « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », RD bancaire et fin. 2007, n°22, p.27; « La protection de la caution : propos conclusif , Acte du colloque « Quelle protection pour la caution ? » , CEDAG , 24 mai 2012, RD. bancaire et fin. , sept.-oct. 2012 , p.89 .
- J. Mestre, « La pluralité d'obligés accessoires », RTDciv. 1981, p.1.
- M. Mignot , « Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et sa caution : devoir d'informer , de conseiller ou de s'abstenir de contracter ? » , in J. Lasserre-Capdeville (dir.) , Le crédit , Aspects juridiques et économiques Dalloz , coll. « Thèmes et commentaires , 2012 , p. 77.
- N. Molfessis , « Le principe de proportionnalité en matière de garanties » ; Banque et droit , mai-juin 2000 , p.4.
- B. Monassier, Allocution d'ouverture « Les sûretés ne sont plus sûres.... », Droit et Patr. , n°92, avril 2001, p.52.
- P. Mistretta, « L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive », P.A. 5 juin 1998, p.5.
- B. Moreau, « Cautionnement : réflexions sur la loi du 1er août 2003 », Gaz. Pal. , 29 juin 2004, n°18.
- N. Morelli, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », Bull. Joly Sociétés, juillet 2004, p.933 .
- F. Mouldal , « La protection accrue de la caution à l'issue de la loi du 31 décembre 1989 » , Les Petites Affiches , 26 février 1990 , p.17.
- C.Mouly, « Abus de caution ? » , in L'évolution du droit des sûretés, RJcom. février 1982, n°spécial, p.13 ; « Pour la liberté des garanties personnelles », Banque.1987.1166 ; « Le cautionnement donné par une personne mariée », Defrénois 1988, art.34163; « Les recours anticipés de la caution contre la sous-caution », JCP.G.1980, 2985.

- J.M. Olivier, « La caution et sa famille », Les Petites Affiches, n° spéciale du 25 avril 1986, p.23.
- G. Notté, « Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », JCP E 2006 .603.
- C.Ouerdane-Aubert De Vincelles, « Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles », Dalloz 2002, n°219, p.186.
- G. Paisant, « La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages », JCP.1990.I.3452.
- E. Palvadeau, « Réflexion sur la caution avertie », Dr. et patr. 2012, p.218.
- F. Pasqualini, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », LPA, 3 février 2004, p. 3.
- D. Pardoel, « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », Les Petites Affiches, 3 juillet 2001, p.13.
- P. Pays, « L'information de la caution d'un crédit », Rev. huissiers 1998, p.76.
- Ph. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », JCP E 2014 . 1223.
- Y. Picod, « Le juge au secours du législateur : comment la Cour de cassation réécrit l'art. L.341-3 du Code de la consommation » ; D. 2011, 1193; « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprises », Dalloz 2002, n°24, p.1971.
- S.Piedelièvre, « L'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », Gaz. Pal. 1982 ; « Le nouvel article 1387-1 C.civ. (ou l'utilisation d'un pavé par un ours) », D.Affaires 2005, p.2138 ; « La responsabilité liée à une opération de crédit », Dr. et Patr. 2001, n°89, p.62; « Les modifications apportées par la loi du 31 décembre 1989 à certains cautionnements », Gaz. Pal. 1990, p.157; « Droit des sûretés et droit de la consommation », Dr. et patr. Sept. 1997, p.58; « Le cautionnement excessif », Defrénois 1998, art. 38836, p. 849; « Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions », JCPG.1998, n°170.
- G. Piette, « Les faiblesses du cautionnement », Rev. Lamy dr. aff., oct. 2008, p.103; « Le devoir d'assurer l'efficacité de la subrogation », RLDA, 2008, n°24, p.116.
- F. Pollaud-Dulian, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », RTDcom. 1997, n°50, p.349.
- Prüm, « Protéger les cautions contre elles-mêmes ! », RDBF 2003, p.269 ; « Fusions de banques et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », RD. bancaire et financier, janvier-février 2006, p ; 1
- M.Remond-Gouilloud, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le cautionnement », JCP.1977.I.2850.
- D. Robine, « L'article L650-1 du Code de commerce : un cadeau empoisonné ? », D.2006, p.69; « La Cour de cassation consolide l'article L650-1 du Code de commerce », RLDA juill. 2012, p.21; « La sanction du cautionnement disproportionné », Revue Lamy, dr. civil, 2004, p.22.
- B. Roman, « La cause, une notion aménagée par la Cour de Cassation pour les cautions ? », Cah. Dr. Entr. 3/2003, p. 9.
- N.Rontchevsky, « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », Banque et droit, n°105, février 2006.
- Ph.Roussel-Galle, « La procédure de sauvegarde, quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », JCP E 2006, 2437.

- R. Routier, « Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti », RD bancaire et fin. 2007, p.28; R. Routier, « L'article L650-1 du Code de commerce : un article « détonnant » pour le débiteur et « détonant » pour le contribuable ? » ; Banque et droit, janv.-févr. 2006, p.61 ; D.2006, p.2916, obs. Th. Bonneau.
- P.Rubelin, « Le recours personnel de la caution contre le débiteur en redressement », LPA1995 , p.16.
- C.Saint-Alary-Houin et B. Saint-Alary, « Le dirigeant caution de sa société », Droit et patrimoine , février 1995 , p.46; « Rapport de synthèse sur le colloque : « sûretés et procédures collectives , morceaux choisis » », Petites Affiches 2000 , n°188 , p.41 .
- M. de Saint-Cène et J. Grillot, « L'engagement de caution disproportionné » , RD bancaire et fin. Mai-juin 2000 , p.190.
- O. Salvat, « La situation des garants dans les procédures collectives » , Rev. Proc. Coll. 2006. 147.
- P. Sargos, « Le cautionnement : dangers, évolutions et perspectives de réformes », Rap. Cass. 1986, Doc. fr. 1987, p.33 et s.; « L'opération « Glasnot » de la cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence ... », Gaz. pal. 1988 , I, doct. p.209-210.
- A. Sbarthez, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement: l'exemple de l'information de la caution » : RDC avril 2008, p.587.
- Schiller, « La définition de l'entreprise au secours de la caution » , RD bancaire et fin. 2002, p.154 .
- A. Schneider, « Des exceptions que la caution peut opposer au créancier. Pour un retour aux sources », JCP.G.2002.1, p.121.
- B.E. Seigneur, « Renforcement de l'obligation d'information des cautions dans les dispositions de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », Les Petites Affiches , 7 mai 1999, p.12.
- Ph. Simler, « Les solutions de substitution au cautionnement », JCP E 1990. II. 15659 ; « La réforme du droit des sûretés », un Livre IV nouveau du Code civil, JCP 2006.I.124 ; « Prévention et dispositif de protection de la caution », LPA, 10 avril 2003, p.23 ; « Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence ? », JCP.N. 1986, p.169, spéc. 176 ; « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et le cautionnement », JCP N. 1987.199; « Une réforme à venir : la réforme du cautionnement » in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes, dir. Y. Picod et P. Crocq , Editions juridiques et techniques 2006 , p.41; , « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles », Présentation de la réforme des sûretés personnelles, Dr. et patr. septembre 2005, p.55; , « Cautionnement », J-Cl. Civil, art.2288 à 2320, fasc. 50 et 55.
- F-L. Simon, « La spécificité du contrat unilatéral », RDCciv. , avril-juin 2006, n°2, p.209.
- A. Sinay-Cytermann , « La réforme du surendettement , les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions » , JCP.1999.I.195.
- Ph. Stoffel-Munk, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », Dr. et Patr. 2012, n°213, p.56.
- J. Stoufflet et N. Mathey, « La loi sur la sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 » , RD bancaire et fin. 2006, dossier 1.

- G. Teboul, « La réforme du Père Noël : la prévention et la sauvegarde », Gaz. Pal. Janv. 2009, p.6.
- J. Terray, « Le cautionnement : une institution en danger », JCP.G.1987, 3295.
- O. Tournafond, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », D. 2008, Point de vue, p.2607 .
- F. G. Trebulle, « Renforcement de la protection de la caution » , Dr. sociétés 2003, n°157.
- Tricot -Chamard , « Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement , suite ou fin ? » , JCP G 2004 . I . 112.
- D. Valette, « L'incertitude de la notion de forme du cautionnement » , JCP N 1993 , p.157.
- M. Vasseur , « Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations , avis et conseils dispensés à ses clients » , Banque 1983 , p.943.
- B. Vial-Pedroletti, « Cautionnement et formalisme : appel à l'unité » , Loyers et copr. Avril 2006, n°4 , étude 5.
- S. Vermeille et A. Bézert, « L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives » , Dalloz 2014 , n°5 , p.289.
- D. Vidal, « Le bénéfice de subrogation », Droit et patr. juin 1996, p.50.
- D. Villani, « Les cautions « informées » sont-elles soumises à un régime particulier ? », RTDcom. , avril-juin 1995, p.291 .
- M. Vion, « Information et protection des cautions et des emprunteurs en matière de crédit immobilier après la loi du 31 décembre 1989 » , Defrénois , 1990 , art.34746 , p.321.
- M. Vivant, « Légiférer avec modération » , Dalloz 2015 , 12 mars , n°10.
- C. Vuillemin Gonzales, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », D. Aff. 2001, p.3383.
- Yankoba Ndiaye, « La transparence lors de l'exécution du cautionnement » , RSDA , n°5 , 2007 , p.61 .



## **TABLE DES MATIERES**

<b>AVERTISSEMENT...</b>	<b>2</b>
<b>ABREVIATIONS...</b>	<b>3</b>
<b>SOMMAIRE...</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCTION GENERALE...</b>	<b>8</b>
 <b>PREMIERE PARTIE...</b>	 <b>16</b>
 <b>LA PROTECTION DE LA CAUTION LORS DE LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT....</b>	 <b>16</b>
 <b>TITRE 1 : LA MUTATION DU CAUTIONNEMENT VERS UNE PROTECTION ACCRUE DE LA CAUTION</b>	 <b>18</b>
 <b>CHAPITRE 1 : LE FLECHISSEMENT DU REGIME DU CONTRAT UNILATERAL..</b>	 <b>19</b>
 Section 1 : L'unilatéralité du cautionnement....	 19
Paragraphe 1 : Le cautionnement, un contrat classiquement unilatéral...	20
Paragraphe 2 : « La bilatéralisation » du cautionnement....	22
 Section 2 : La protection de la caution par l'appréhension du cautionnement dans son ensemble .....	 26
 Paragraphe 1 : La protection intrinsèque de la caution dans l'opération de cautionnement.....	 27
 A - L'imbrication des relations juridiques..	 27
B - La protection de la caution par l'intégration du contrat de cautionnement à un groupe générateur de liens étroits....	 29
 Paragraphe 2 : Le rapport caution-débiteur, une composante essentielle dans la protection de la caution.....	 34
 A - La nature juridique obscure du contrat caution-débiteur....	 35
B - L'influence du rapport caution-débiteur sur la protection de la caution	41

<b>CHAPITRE 2 : L'INSUFFISANCE DES MOYENS TRADITIONNELS DE PROTECTION....</b>	<b>46</b>
Section 1 : La protection de la volonté de la caution...	47
Paragraphe 1 : La volonté de la caution altérée par l'erreur	48
A- L'erreur touchant à la nature du contrat	49
B - L'erreur relative aux qualités substantielles	51
C - L'erreur affectant les motivations de la caution	53
Paragraphe 2 : Une volonté de la caution affectée par un dol...	55
A - L'assouplissement des éléments constitutifs du dol en faveur de la caution...	55
B - La rigueur quant à l'auteur du dol...	60
Paragraphe 3 : La volonté de la caution abolie par la violence...	62
Section 2 : La protection par l'objet et la cause du contrat de cautionnement...	66
Paragraphe 1 : Une volonté de la caution assise sur un objet...	66
A - L'objet, support de la volonté de la caution....	67
B - Le rôle de l'objet dans la protection de la caution....	73
Paragraphe 2 : La protection de la caution par la cause....	75
A - Une volonté de la caution motivée par une cause.....	75
B - De l'utilité de la cause dans le cautionnement...	78
 <b>TITRE 2 : L'AMELIORATION DE LA VOLONTE DE LA CAUTION PAR DE NOUVEAUX PROCEDES D'AIDE A LA DECISION..</b>	 <b>85</b>
<b>CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR UNE INFORMATION REGULATRICE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE</b>	<b>86</b>
Section 1 : L'inclusion dans le cautionnement de solidarisme contractuel....	87
Paragraphe 1 : Le cautionnement, un contrat structurellement déséquilibré....	87
Paragraphe 2 : La protection de la caution par une information précontractuelle...	90
 Section 2 : L'accroissement de la protection par l'avènement d'un formalisme informatif....	 96
Paragraphe 1 : La protection de la caution en droit commun de la preuve..	99
A - Une protection ajustée aux besoins des cautions....	100

B - Une protection vacillante	104
Paragraphe 2 : La protection de la caution en droit de la consommation par un formalisme ad validatem...	107
A - Une protection sélective	108
B - Une protection poussée à l'extrême source de contentieux.....	115
 <b>CHAPITRE 2 : LA CONSOLIDATION DE L'INFORMATION DE LA CAUTION PAR L'ADOPTION DE NOUVEAUX COMPORTEMENTS ACTIFS DU CREANCIER.....</b>	 125
 Section 1 : La protection de la caution par la consécration d'un devoir de mise en garde.....	 125
Paragraphe 1 : La mise en garde, un devoir en pleine expansion...	126
A - La portée du devoir....	127
B - Une protection réservée aux seules cautions non averties.....	130
Paragraphe 2 : Une sanction ajustée au préjudice subi par la caution....	135
A - Qualification du préjudice.....	136
B - Evaluation du dommage causé à la caution....	138
 Section 2 : La protection de la caution par les mécanismes de lutte contre les cautionnements excessifs.....	 140
Paragraphe 1 : La protection offerte par le Code de la consommation....	141
A - Un champ de protection législatif ambigu....	142
B - Une sanction législative radicale	146
Paragraphe 2 : La protection prétorienne contre le cautionnement disproportionné...	153
A - Introduction jurisprudentielle de l'exigence de proportionnalité par le truchement de la responsabilité civile....	153
B - L'instauration d'une sanction raisonnable et proportionnée....	156
 <b>Conclusion 1<sup>ère</sup> partie</b>	 161
 <b>DEUXIEME PARTIE....</b>	 162
 <b>LA PROTECTION DE LA CAUTION AU COURS DE L'EXECUTION DU CAUTIONNEMENT.....</b>	 162

<b>TITRE 1 : LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION PAR UN MEILLEUR ACCOMPAGNEMENT DE LA CAUTION AU COURS DE LA VIE DU CAUTIONNEMENT....</b>	163
--	-----

<b>CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PAR L'EXTENSION DE L'INFORMATION A LA CAUTION DURANT L'EXECUTION DU CONTRAT....</b>	164
---	-----

Section 1 : L'information annuelle, un outil de prévision ...	165
---	-----

Paragraphe 1 : Un droit à l'information morcelé....	166
---	-----

A - La spécificité de l'article L. 313-22 CMF....	166
---	-----

B - La teneur de l'information de l'article 2293al.2 C.civ.	170
---	-----

C - La généralisation de l'information annuelle apportée par le Code de la consommation..	173
---	-----

Paragraphe 2 : L'effectivité de la protection menacée par la diversité des sanctions...	181
---	-----

A - La déchéance partielle, une sanction légale peu dissuasive....	181
--	-----

B - Une sanction d'exception , le cumul des sanctions.....	187
--	-----

Section 2 : La caution créancière d'une information ponctuelle relative aux difficultés de remboursement du débiteur cautionné....	193
--	-----

Paragraphe 1 : Un droit à l'information ponctuelle lacunaire.....	194
---	-----

A - L'information de la caution assurée par l'article L.313-9 C.cons.	195
---	-----

B - L'information tirée de l'article L.341-1 C.cons.....	197
--	-----

Paragraphe 2 : Une sanction au faible impact sur la protection de la caution....	198
--	-----

<b>CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION DANS LES PROCEDURES D'INSOLVABILITE DU DEBITEUR PRINCIPAL.....</b>	204
--	-----

Section 1 : La protection dans le cadre d'une procédure de surendettement ouverte à l'encontre du débiteur principal...	206
---	-----

Paragraphe 1 : L'impact de l'information sur la défaillance du débiteur sur la caution...	210
---	-----

Paragraphe 2 : L'information ponctuelle mise à la charge de la commission de surendettement....	212
---	-----

Paragraphe 3 : L'inopposabilité à la caution des mesures consenties au débiteur principal..	213
---	-----

Section 2 : L'instrumentalisation du cautionnement dans les procédures collectives ouvertes à l'encontre du débiteur principal .....	218
Paragraphe 1 : Les intérêts de la caution préservés dans les procédures préventives...	221
A - Le sort de la caution dans la procédure amiable : le mandat ad hoc....	222
B - La prévention par la conciliation soucieuse de la caution dirigeante...	223
C - Le renforcement de la protection de la caution dans le règlement amiable agricole...	226
D - La protection de la caution dirigeante dans les différents stades de la sauvegarde.....	227
Paragraphe 2 : Les droits de la caution restreints dans les procédures collectives..	232
A - Une protection à demi-teinte de la caution dans le redressement judiciaire....	232
B - Une protection limitée de la caution dans la liquidation judiciaire.....	234
C - Le redressement professionnel et ses inconnus pour la caution	240
 <b>TITRE 2 : LES RECOURS DE LA CAUTION</b>	 247
 <b>CHAPITRE 1 : LES MOYENS DE PRESSIONS DE LA CAUTION CONTRE LE CREANCIER TIRES DE LA DYNAMIQUE DU GROUPE DE CONTRATS...</b>	 248
Section 1 : L'opposabilité par la caution au créancier d'exceptions spéciales..	248
Paragraphe 1 : L'exception d'inexécution de la caution tirée du contrat principal	249
A - L'extension du droit d'exception d'inexécution à la caution....	249
B - Un droit hasardeux aux contours incertains....	250
Paragraphe 2 : La protection de la caution fondée sur les exceptions dilatoires...	252
A - L'exception de discussion.....	253
B - L'exception de division...	256
Section 2 : La protection de la caution à travers l'exception de subrogation de l'article 2314 C.civ....	258
Paragraphe 1 : L'exigence pour le créancier de préserver l'efficacité du recours subrogatoire de la caution....	259
A - La controverse autour du fondement de la règle protectrice de l'article 2314 C.civ...	260
B - L'interprétation extensive du bénéfice de subrogation....	263
Paragraphe 2 : Un recours aux conditions de mise en œuvre étriquées....	264
A - L'établissement d'un fait exclusif du créancier	265
B - La nature des droits perdus par la caution....	267
C - L'existence d'un préjudice et sa sanction....	269

<b>Conclusion Chapitre 1.....</b>	271
 <b>CHAPITRE 2 : L'AMENAGEMENT DE RECOURS PARTICULIERS AU PROFIT DE LA CAUTION COMME EXPRESSION D'UNE JUSTICE CORRECTIVE...</b>	272
Section 1 : Les recours contre le débiteur principal...	273
Paragraphe 1 : Le recours anticipé, une prérogative hautement protectrice de la caution...	274
A - La nature exceptionnelle du recours préventif...	274
B - Le recours anticipé, une faveur légale strictement limitée...	280
Paragraphe 2 : La correction du déséquilibre provoqué par le règlement de la dette d'autrui par la caution	284
A - L'action personnelle en remboursement de la caution...	285
B - L'admission d'une action en remboursement fondée sur la subrogation....	289
Section 2 : Les recours contributoires contre les coobligés accessoires....	292
Paragraphe 1 : L'organisation légale des liens de la caution solvens avec les cofidélusés...	292
A - L'intérêt de l'action personnelle de l'article 2310 C.civ.....	293
B - La portée de l'action subrogatoire de l'article 1251,3° C.civ...	295
Paragraphe 2 : Les recours contre les garants de second rang....	296
A - Recours contre la sous-caution...	297
B – Recours à la certification de caution....	298
<b>Conclusion chapitre 2.....</b>	300
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	301
<b>BIBLIOGRAPHIE..</b>	306

## **RESUME THESE**

### **LA PROTECTION DE LA CAUTION**

Le risque zéro n'existe pas ! Aussi, pour se protéger contre d'éventuels impayés, les créanciers n'hésitent pas à demander à leurs futurs débiteurs des garanties. Parmi ces dernières, le cautionnement tient une place de choix. Grâce à sa rapidité, sa simplicité, il séduit et devient au fil du temps « la reine des sûretés » mais dont le royaume cache bien des surprises, surtout pour les cautions qui ne se posent guère de questions lors de la formation du contrat.

Prenant le risque d'autrui, les cautions disposent-elles des bonnes clés pour entrer en relations contractuelles ? Mesurent-elles la portée de leur engagement ? Il est permis d'en douter au regard de l'important contentieux qui agite la matière. Dans ce cas, comment les protéger efficacement sans mettre en péril le cautionnement ?

Définit, ou plus exactement décrit à l'article 2288 du Code civil comme « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même », le cautionnement est soumis à de vives critiques. On s'interroge sur son efficacité, on doute de sa souplesse, de son aptitude à offrir la sécurité juridique attendue. On fustige également l'intrusion excessive du législateur et de la jurisprudence dans le contrat. Mais ces derniers se sont donnés pour mission de délivrer à la caution le fameux « mode d'emploi » qui doit l'avertir des menaces que dissimule cette sûreté. Mais la philosophie protectrice des cautions a poussé le raisonnement très loin, peut-être trop loin. Or, il faut un ajustement des règles du cautionnement à la mesure du droit des sûretés qui demeure une matière foisonnante où la vivacité, la créativité rythment les rapports contractuels. Le droit du cautionnement doit dès lors se garder d'être figé, immobile dans un monde qui est en perpétuelle mouvement et où le temps est à la révision, aux recherches pour être en adéquation avec les besoins économiques, sociaux et juridiques de notre société. De fait le cautionnement doit s'extraire de ce cercle vicieux dans lequel il est tombé.

**Mots-clés :** cautionnement, contrat unilatéral, dangerosité, protection, caution profane.

**Laboratoire de recherche :** Institut du Développement et de la Prospective ; Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis.

## **The protection of the guarantee:**

The zero risk does not exist! So, to protect itself against possible outstanding payments, the creditors do not hesitate to ask their future debtors of guarantees. Among the latter, the guarantee holds a special place. Thanks to its speed, its simplicity, it seduces and becomes over time “the queen of the safeties” but from whom the kingdom hides many surprises, especially for the guarantee which raises themselves not many questions during the training of the contract. Taking the risk of others, pledges do they arrange good keys to enter contractual relations? Do they measure the impact of their commitment? It is allowed to doubt it with regard to the important dispute which shakes the subject. In this case, how protect them effectively without putting in danger the guarantee?

Defined, or more exactly described in the article 2288 of the Civil code “as the one who goes pledge of an obligation submits itself to the creditor to satisfy this obligation if the debtor does not satisfy it himself”, the guarantee is subjected to deep criticisms. We wonder about its efficiency, we doubt its flexibility, its capacity to offer the expected legal security. We also castigate the excessive intrusion of the legislator and the jurisprudence in the contract. But the latter gave for mission to deliver to the pledge the famous “instructions for use” which has to warn it of threats which hides this safety. But the protective philosophy of pledges pushed the very far reasoning, maybe too far. Now, one needs that an adjustment of the rules of the guarantee for the measure of the law of the safeties which remains an abundant material where the liveliness, the creativity give rhythm to the contractual reports. The law of the guarantee has to be careful not from then on to be congealed, to motionless in a world which is in perpetual movement and where the time is for the revision, for the searches to be in adequacy with the economic, social and legal needs for our society. De facto the guarantee has to extract of vicious circle in which it fell.

**Keywords:** guarantee, unilateral contract, dangerousness, protection, profane guarantee.

**Research laboratory:** institute of the Development and the Prospective; university of Valenciennes and Hainaut-Cambrésis.



